

Het rechtsvergelijkende argument in de ontwikkeling van het Nederlandse vermogensrecht 1838-1940 : aansprakelijkheid voor zaken, artikel 2014, publiek domein en de relativiteit van de onrechtmatige daad

Citation for published version (APA):

Milo, J. M. (1997). *Het rechtsvergelijkende argument in de ontwikkeling van het Nederlandse vermogensrecht 1838-1940 : aansprakelijkheid voor zaken, artikel 2014, publiek domein en de relativiteit van de onrechtmatige daad*. [Doctoral Thesis, Maastricht University]. Intersentia.
<https://doi.org/10.26481/dis.19970516jm>

Document status and date:

Published: 01/01/1997

DOI:

[10.26481/dis.19970516jm](https://doi.org/10.26481/dis.19970516jm)

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Download date: 04 May. 2023

Het rechtsvergelijkende argument in
de ontwikkeling van het Nederlandse
vermogensrecht 1838-1940:

aansprakelijkheid voor zaken, artikel 2014, publiek
domein en de relativiteit van de onrechtmatige daad

**HET RECHTSVERGELIJKENDE ARGUMENT
IN DE ONTWIKKELING VAN HET NEDERLANDSE VERMOGENSRECHT
1838-1940:**

**AANSPRAKELIJKHEID VOOR ZAKEN, ARTIKEL 2014, PUBLIEK
DOMEIN EN DE RELATIVITEIT VAN DE ONRECHTMATIGE DAAD**

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van de graad van doctor
aan de Universiteit Maastricht,
op gezag van de Rector Magnificus, Prof. mr M.J. Cohen,
volgens het besluit van het College van Decanen,
in het openbaar te verdedigen op
vrijdag 16 mei 1997 om 16.00 uur

door

J.M. Milo

geboren te Bussum

Promotor: Prof.mr G.E. van Maanen

Beoordelingscommissie: Prof.mr G.R. de Groot (voorzitter)
Prof.mr A. Fl. Gehlen
Prof.mr A.S. Hartkamp (Universiteit Utrecht)
Prof.mr J.H.A. Lokin (Rijksuniversiteit Groningen)
Prof.mr N.H.M. Roos

Voorwoord

Graag noem ik een aantal mensen en instellingen naar wie mijn dank in het bijzonder uitgaat. Mijn promotor, prof mr. G.E. van Maanen vanwege zijn aangenaam inspirerende begeleiding en de leden van de beoordelingscommissie voor hun bereidheid het manuscript te beoordelen. Ine Corstjens droeg zorg voor de fraaie opmaak. Wies Rayar verzorgde de vertaling van de samenvatting. De vakgroep privaatrecht Maastricht bood de gelegenheid dit onderzoek aan te vangen en uit te voeren. Het Molengraaff Instituut, Universiteit Utrecht, verschaftte gelegenheid tot afronding.

Mevrouw M.H.R.N.Y. Cordewener, de heer L.M.I.A. Bregonje en de Mestreechter Geis stonden mij niet alleen in het Oud-Gouvernement terzijde, maar doen dat ook vandaag. De twee eerstgenoemden ziet U thans als paranimf in grote staat van paraatheid.

Voor Ingrid

Voorwoord	v
Inhoudsopgave	vii
Hoofdstuk 1 Inleiding	3
§ 1. Een nationale privaatrechtswetenschap?	3
§ 2. Nadere invulling en afbakening van de vraagstelling	6
A. ARGUMENTEN UIT ANDERE RECHTSSTELSELS IN DE NEDERLANDSE DISCUSSIE	6
B. VERWIJZINGEN EN DE KWANTITATIEVE ONDERSTEUNING	7
C. DRIE KWALITATIEVE MAATSTAVEN	7
D. RECHTSVINDING ALS MAATSTAF	8
E. RECHTSVERGELIJKING ALS MAATSTAF	8
F. RECHTSVERGELIJKING ALS TWEEDE OBJECT VAN ONDERZOEK	9
G. DE VIER MAATSTAVEN EN ENKELE ANDERE ASPECTEN	10
§ 3. Een verantwoording van de onderwerpen	10
§ 4. Plan van behandeling	11
Hoofdstuk 2 Introductie van de onderwerpen	13
§ 1. Inleiding	13
§ 2. Aansprakelijkheid voor zaken	13
A. ONTSTAAN VAN EEN APARTE AANSPRAKELIJKHEID VOOR ZAKEN	13
B. 1859: DE AMSTERDAMSCH E P I P G A Z - C O M P A G N I E	16

§ 3. Artikel 2014	18
§ 4. Publiek domein	20
§ 5. De relativiteit van de onrechtmatige daad	24
A. INTRODUCTIE	24
B. DE ACCEPTATIE VAN DE RELATIVITEIT IN DE RECHTSPRAAK	26
§ 6. Uitleiding	27
Hoofdstuk 3 De tekst van het BW als uitgangspunt: 1838	29
§ 1. De totstandkoming van het Burgerlijk Wetboek 1838	29
§ 2. Het BW van 1838 en het Romeinse recht	31
A. HET GEMENE RECHT EN DE NATIONALE CODIFICATIE	31
B. DE BETEKENIS VAN HET ROMEINSE RECHT VOOR HET BURGERLIJK RECHT	32
§ 3. Het Franse recht in Nederland	35
§ 4. Een eerste interpretatie van de onderwerpen	37
A. AANSPRAKELIJKHEID VOOR ZAKEN	37
B. ARTIKEL 2014	41
C. PUBLIEK DOMEIN	45
1. <i>Publiekrecht of privaatrecht</i>	45
2. <i>Publiek domein</i>	46
3. <i>Zaken buiten de handel</i>	50
§ 5. Conclusies	51
Hoofdstuk 4 Rechtsvergelijking als wetshistorie (1838-1850)	53
§ 1. Inleiding	53
A. KENNISNAME VAN ANDERE RECHTSSTELSELS IN HET NEDERLANDSE PRIVAATRECHT	53
1. <i>Kwantitatieve weergave</i>	53
2. <i>Romeins recht en Frans recht: terugtred en verandering</i>	54
§ 2. Aansprakelijkheid voor zaken	55
A. EEN EERSTE IMPLICIETE BETEKENIS IN DE LITERATUUR	55

B. 1850: BEVESTIGING IN RECHTSPRAAK	57
§ 3. Bezit geldt als volkomen titel: vele interpretaties van artikel 2014	58
A. LITERATUUR	58
1. <i>De Pinto</i>	58
2. <i>Goudsmit en Opzoomer</i>	58
3. <i>Goudsmit en Philips</i>	61
4. <i>Diephuis</i>	62
5. <i>Coninck Liefsting en Faber</i>	62
B. RECHTSPRAAK	64
§ 4. Publiek domein	65
A. IMPLICIETE ACCEPTATIE VAN EEN FRANSE BENADERING	65
B. DIEPHUIS	67
§ 5. Conclusies	69
A. KWANTITATIEVE ANALYSE	69
B. ONTLEENDE ASPECTEN	69
C. RECHTSVINDING	70
D. RECHTSVERGELIJKING	70
Hoofdstuk 5 Legisme: rechtsvergelijking voor wenselijk recht (1850-1880)	73
§ 1. Inleiding	73
A. LEGISME	73
B. HET GENUANCEERDE LEGISME	74
C. DIEPHUIS EN OPZOOMER	76
1. <i>Invloed van Diephuis en Opzoomer op de privaatrechtswetenschap</i>	76
2. <i>Interpretatiemethode van Diephuis en Opzoomer en de historische uitleg</i>	77
3. <i>Ongerijmdheden en onduidelijkheden in de wet</i>	79
D. LEGISME IN FRANKRIJK, BELGIË EN DUITSLAND	82
1. <i>Frankrijk en België</i>	82
2. <i>Duitsland</i>	83
E. ANDERE RECHTSSTELSELS IN HET NEDERLANDSE PRIVAATRECHT	84
1. <i>De bekendheid met het Franse recht</i>	85
2. <i>Gebruik van andere rechtsstelsels</i>	85
§ 2. Aansprakelijkheid voor zaken: enge en ruime opvattingen	87
A. DE AANZET: RUIME UITLEG VAN ARTIKEL 1403 BW IN RECHTSPRAAK	87
B. EEN ENGE UITLEG DOOR HET OPENBAAR MINISTERIE	89

C. HET VERSCHIL VAN MENING TUSSEN DIEPHUIS EN OPZOOMER	91
1. <i>Diephuis</i>	91
2. <i>Opzoomer</i>	92
3. <i>De Nederlandse Juristen-Vereniging: geen afwijking van het schuldbe- ginsel</i>	93
D. DIEPHUIS' HEERSENDE LEER	94
E. CONCLUSIES AANSPRAKELIJKHEID VOOR ZAKEN	95
§ 3. Artikel 2014	96
A. DE GERMAANSRECHTELIJKE LEER	96
1. <i>Diephuis</i>	96
2. <i>De Germaansrechtelijke leer nagevolgd in de literatuur</i>	99
3. <i>Bestendiging in de rechtspraak</i>	100
B. DE EERSTE TERUGTRED VAN DE GERMAANSE UITLEG	101
1. <i>Van Bemmelen Romeinsrechtelijk stelsel</i>	101
2. <i>Het nieuwe vraagpunt van Molengraaff en Roelvink</i>	102
C. CONCLUSIES ARTIKEL 2014 BW	104
§ 4. Publiek domein	105
A. PROUDHON EN THORBECKE	105
B. THORBECKE'S LEERLINGEN EN HET ADMINISTRATIEFRECHT	107
C. THORBECKE EN WETGEVING	108
D. PUBLIEK DOMEIN IN DE CIVIELRECHTELIJKE LITERATUUR	109
1. <i>Erkenning van domaine public</i>	109
2. <i>Twijfel aan domaine public</i>	111
E. CONCLUSIES PUBLIEK DOMEIN	114
§ 5. Conclusies over de periode van het legisme (1850-1880)	115
A. DE HEERSENDE MENINGEN	115
B. KWANTITATIEVE ANALYSE	115
C. ONTLEENDE ASPECTEN	116
D. RECHTSVINDING	116
E. RECHTSVERGELIJKING	117
Hoofdstuk 6 Vrije rechtsvinding en rechtsvergelijking (1880-1910)	119
§ 1. Inleiding: 'der menschen handel en wandel'	119
A. HET IUS CONSTITUENDUM EN DE VRIJE RECHTSVINDING	119
B. 'WAT IS 'T VOORWERP DER RECHTSWETENSCHAP EN WAT IS HAAR ME- THODE?'	121

C. VRIJE RECHTSVINDING, LEGISME EN MAATSCHAPPELIJKE ONTWIKKELINGEN	121
1. <i>Maatschappelijke ontwikkelingen en een falende wetgever</i>	122
2. <i>Vrije rechtsvinding nader geduid als reactie op het legisme</i>	123
a. Verzachting van het legisme enerzijds...	123
b. ...anderzijds profilering der vrije richting	125
D. VRIJE RECHTSVINDING IN ANDERE RECHTSSTELSELS	126
1. <i>De Franse rechtswetenschap rond de eeuwwisseling</i>	126
2. <i>De Duitse rechtswetenschap rond de eeuwwisseling</i>	128
E. ANDERE RECHTSSTELSELS EN KENNISNAME DAARVAN IN NEDERLAND	129
1. <i>Rechtsvergelijking als rechtsvinding</i>	130
2. <i>Rechtsvergelijking als afzonderlijke discipline</i>	131
§ 2. Aansprakelijkheid voor zaken: de ruime uitleg als een 'eisch des tijds'	131
A. AANVANG VAN EEN RUIME UITLEG IN HET LEGISME	131
B. DE DISCUSSIE IN DE NEDERLANDSE JURISTEN-VERENIGING	132
C. DE VOORTZETTING VAN DE RUIME UITLEG DOOR EEN VRIJE RECHTSVINDING	133
1. <i>De spoorwegen</i>	133
2. <i>Een ruime uitleg door een andere grondslag van aansprakelijkheid</i>	134
3. <i>De ruime Franse uitleg</i>	135
4. <i>De automobiel</i>	137
D. DE HEERSENDE MENING EN DE RECHTSPRAAK	139
1. <i>De heersende mening in handboeken...</i>	139
2. <i>...en in rechtspraak</i>	139
E. CONCLUSIES AANSPRAKELIJKHEID VOOR ZAKEN	140
§ 3. Artikel 2014: het verkeersbelang en de legitimatieleer	141
A. DE ONTWIKKELING VAN DE MODERNE LEER: DE LEGITIMATIE-THEORIE	142
1. <i>De aanloop tot Scholtens legitimatieleer</i>	142
2. <i>De legitimatieleer van Scholten</i>	142
B. DE HEERSENDE LEER EN DE VERANDERDE ONDERBOUWING	146
C. IN HET NIEUWE BURGERLIJK WETBOEK	147
D. CONCLUSIES ARTIKEL 2014	148
§ 4. Publiek domein, een privaatrechtelijke benadering	148
A. DE EERSTE OMSLAG NAAR EEN UNIFORM PRIVAATRECHTELIJKE BENADERING	148
B. VON REEKEN EN ONMIDDELLIJKE NAVOLGING	149
1. <i>Von Reekens omslag</i>	149
2. <i>Onmiddellijke ondersteuning</i>	150

C. TWEE FRANSE SCHRIJVERS, EEN DUITSE, EN VAN GELEIN VITRINGA'S KRITIEK	152
1. <i>Berthélémy</i>	152
2. <i>Barckhausen en Hauriou</i>	153
3. <i>Otto Mayer</i>	154
4. <i>Van Geleïn Vitranga's kritiek</i>	155
D. DOCTRINE EN RECHTSPRAAK NA VON REEKENS ARTIKEL	155
E. CONCLUSIES PUBLIEK DOMEIN	156
§ 5. De relativiteit der onrechtmatige daad	157
A. DE DUITSE RELATIVITEIT	157
B. DE KENNISNAME VAN § 823 LID 2 IN NEDERLAND	159
C. ABSOLUTE ONRECHTMATIGHEID EN VAN GELEIN VITRINGA'S RELATIE-RING	160
1. <i>Slegten-Westenenk</i>	160
2. <i>De introductie door Van Geleïn Vitranga (1919)</i>	161
3. <i>Een geheel nieuwe toevoeging?</i>	162
D. DE ZAAK MARCHANT ET D'ANSEMBOURG; BESIER EN DEMOGUE	163
1. <i>Marchant in het kort</i>	163
2. <i>Demogue (1924) en Besier (1928)</i>	163
E. TELDERS: ONDERSTEUNING EN INVULLING AAN DE HAND VAN HET DUIT-SE RECHT (1929)	165
F. DE ONGESCHREVEN NORMEN VAN LANGEMEIJER (1934)	166
G. ACCEPTATIE IN RECHTSPRAAK, HANDBOEKEN, EN IN HET NIEUWE BW	166
H. CONCLUSIES RELATIVITEIT	168
§ 6. Conclusies over de periode van de vrije rechtsvinding (1880-1910)	168
A. DE HEERSENDE MENINGEN	168
B. KWANTITATIEVE ANALYSE	169
C. ONTLEENDE ASPECTEN	169
D. RECHTSVINDING	170
E. RECHTSVERGELIJKING	171
Hoofdstuk 7 Terugtocht van vrije interpretatie, bestendiging van de rechtsvergelijking (1910-1940)	173
§ 1. Inleiding	173
A. INLEIDING	173
B. KRITIEK OP DE VRIJE RECHTSVINDING: TWEE MOGELIJKHEDEN	174
C. HERZIENING VAN DE CODIFICATIE, EN EEN STERKERE BINDING AAN DE WET	175

D. RECHT ALS OPEN SYSTEEM: SCHOLTENS METHODE	177
E. DE REACTIE OP VRIJE INTERPRETATIE IN DUITSLAND EN FRANKRIJK	178
1. <i>Ontwikkelingen in Frankrijk</i>	178
2. <i>Ontwikkelingen in Duitsland</i>	180
F. ANDERE RECHTSSTELSELS EN KENNISNAME IN NEDERLAND	181
1. <i>Rechtsvergelijking als afzonderlijke discipline</i>	181
2. <i>Rechtsvergelijkende argumenten</i>	182
§ 2. Aansprakelijkheid voor zaken	183
A. SCHULD ALS DOGMATISCH UITGANGSPUNT?	183
B. DE BESTAANDE WETGEVING RUIM UITGELEGD?	185
1. <i>In het Nederlandse recht</i>	185
a. De terughoudendheid in de ruime uitleg	185
b. Suijlings middenweg	186
2. <i>In het Franse recht</i>	187
C. EEN AFZONDERLIJKE WETGEVING MET EEN VERLICHTING VAN HET SCHULDBEGINSEL	189
1. <i>De Nederlandse Juristen-Vereniging in 1913</i>	189
2. <i>De Motor- en Rijwielwet en kritiek</i>	191
3. <i>Het nieuwe Burgerlijk Wetboek</i>	192
D. CONCLUSIES AANSPRAKELIJKHEID VOOR ZAKEN	193
§ 3. Artikel 2014, de legitimatieleer en de kritiek	194
A. DE ONZEKERHEID OVER DE AANGEHANGEN LEER: MEIJERS EN HOF-MANN	194
B. DE ACCEPTATIE VAN DE LEGITIMATIELEER	197
C. CONCLUSIES 2014	198
§ 4. Publiek domein	198
A. DE VERANKERING VAN HET PUBLIEK DOMEIN IN HET PRIVAATRECHT	198
1. <i>Goudekets uiteenzetting</i>	198
2. <i>Scholtens gemene rechtsleer</i>	200
B. PUBLIEK DOMEIN IN FRANKRIJK EN DUITSLAND	201
1. <i>Frankrijk</i>	201
2. <i>Duitsland</i>	203
C. EEN TERUGTRED VAN DE PRIVAATRECHTELIJKE WEG	205
1. <i>Suijlings waarschuwing</i>	205
2. <i>Publiekrechtelijke beperkingen in het Burgerlijk Wetboek</i>	206
3. <i>Domaine public</i>	207
D. CONCLUSIES PUBLIEK DOMEIN	208

§ 5. De relativiteit der onrechtmatige daad	209
A. DE ABSOLUTE ONRECHTMATIGHEID	209
1. <i>Meijers' argumentatie</i>	210
B. CAUSAAL VERBAND	211
1. <i>Het dubbele causale verband van Besier</i>	211
2. <i>Andere voorstanders van het causale verband</i>	212
C. SCHULD OF DE LEER VAN SMITS	213
D. CONCLUSIES RELATIVITEIT	215
§ 6. Conclusies over de periode 1910-1940	215
A. DE HEERSENDE MENINGEN	215
B. ONTLEENDE ASPECTEN	216
C. KWANTITATIEVE ANALYSE	216
D. RECHTSVINDING	216
E. RECHTSVERGELIJKING	218
 Hoofdstuk 8 Conclusies	 219
§ 1. Inleiding	219
§ 2. De mate van verwijzingen	219
§ 3. Van buitenlandse rechtsstelsels overgenomen aspecten	220
§ 4. Buitenlandse rechtsstelsels en rechtsvinding	221
§ 5. De buitenlandse bron en rechtsvergelijking	224
A. HET GEBRUIK VAN EEN ANDER RECHTSSTELSEL ALS RECHTSVERGELIJKING	224
B. RECHTSVERGELIJKING: EEN BIJSTELLING	225
§ 6. Betekenis van dit onderzoek voor een Europees privaatrecht	225
 Bijlage	 227
§ 1. Inleidende opmerkingen	227
A. DE SELECTIE VAN HET TE ONDERZOEKEN MATERIAAL	227
B. DE VERWIJZING	227
C. DE HERKOMST VAN DE VERWIJZING	228

§ 2. De getalsmatige weergave naar behandelde periode	228
A. TOELICHTING	228
B. DE EERSTE PERIODE 1838-1850	228
1. <i>Verwijzingen</i>	228
2. <i>Inhoudsopgave Themis</i>	229
C. DE TWEEDE PERIODE (1850-1880)	229
1. <i>Verwijzingen</i>	229
2. <i>Inhoudsopgave Themis en Rechtsgeleerd Magazijn</i>	230
D. DE DERDE PERIODE (1880-1910)	232
1. <i>Verwijzingen</i>	232
2. <i>Inhoudsopgave Themis en Rechtsgeleerd Magazijn</i>	232
E. DE VIERDE PERIODE (1910-1940)	233
1. <i>Verwijzingen</i>	233
2. <i>Inhoudsopgave Themis en Rechtsgeleerd Magazijn</i>	233
 Samenvatting	 235
 Summary	 241
 Literatuur	 247
 Rechtspraakregister	 263
 Curriculum Vitae	 267

Inleiding

'Ons burgerlijk regt is geen in oorsprong en ontwikkeling zuiver Nederlandsch regt, dat altijd vrij is gebleven van vreemden invloed en niets van elders heeft overgenomen. Vooral hebben het Romeinsche en het Fransche regt op het onze een gewigtigen invloed uitgeoefend, en men behoeft die vreemde inwerking niet te betreuren.'¹

§ 1. Een nationale privaatrechtswetenschap?

De derde privaatrechtelijke codificatie die op het grondgebied van de Nederlandse staat een exclusieve gelding had, het oude Burgerlijk Wetboek, verkreeg klokslag middernacht tussen 30 september en 1 oktober 1838 kracht van wet². Vlak daarvoor had Voorduin deze Nederlandse privaatrechtelijke wetgeving als een nationale zegen aangeprezen:

'Sire! Naar eigene wetten te leven, was reeds van ouds het kenmerk van de onafhankelijkheid der volken: door eene nationale wetgeving wordt de liefde tot het vaderland zelve, welke in Nederland één is met de liefde tot den Koning, krachtig aangekweekt; door haar wordt die hechte band naauwer toegehaald en bevestigd, welke al den burgers van den Staat als zoo vele kinderen van één en hetzelfde huisgezin, moet verbinden; door haar worden bij het nageslacht voorvaderlijke zeden, voorvaderlijke deugden overgeplant.'³

Dit citaat benadrukt zo kort na de afscheiding van België duidelijk een nationaal streven. Achttē Voorduin een dergelijke nationale benadering ook voor juristen noodzakelijk? In de inleiding van zijn werk laat hij daarover geen twijfel bestaan:

1. Diephuis, G., *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt* deel 1 (1869), p. 16.
2. Besluit van 13 april 1838 (*Stb.* 12). Overigens verkreeg het oude Burgerlijke Wetboek in de huidige provincie Limburg eerst op 1 januari 1842 kracht van wet. Wet van 26 mei 1841 (*Stb.* 15), KB 10 oktober 1841. Zie hierover Luijten, E.A.A. (e.a.), *146 jaar Burgerlijk Wetboek* (1989), p. 7.
3. Voorduin, J.C., *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche wetboeken* deel 1 (1838), uit de tekst, voorafgaand aan het voorwoord.

'Mogten zich dus, bij de beoefening des Nederlandschen regts, twijffelingen voordoen nopens de hoofdbeginselen, door den wetgever beoogd, de beraadslagingen daarover gehouden, wijzen dezelve onfeilbaar aan; ontstaat er verschil over den zin der woorden - de wetgever heeft ze zelf verklaard; wil de spitsvindigheid den wetgever andere woorden in den mond leggen, dan hij gebezigd heeft of bedoelde - de geschiedenis der wetgeving leert de wijzigingen kennen, die de ontwerpen hebben ondergaan, en de redenen die daartoe geleid hebben; ontvouwt de gronden, waarom de wetgever juist zoo en niet anders gesproken heeft; laat omtrent zijne bedoelingen geenen twijfel over;'⁴

Uit beide citaten kan een eerste beeld worden gevormd van de betekenis van het Burgerlijk Wetboek voor de privaatrechtswetenschap van na 1838. Deze betekenis vormt voor deze studie het uitgangspunt. In Voorduin's citaat vallen twee punten op. In de eerste plaats wordt het eigen *Nederlandse* karakter van het Burgerlijke Wetboek onderstreept, in de tweede plaats wordt, bij twijfel omtrent de betekenis van een bepaling, de wil van de wetgever (zoals uit de wetsgeschiedenis blijkt) bij de uitleg gebruikt. Beide aspecten hangen nauw met elkaar samen. Door voor de uitleg van de wetbepaling alleen de tekst van de bepaling en de wil van de wetgever toe te staan, wordt juist dit nationale karakter van het Burgerlijk Wetboek versterkt. Het recht wordt gevonden in het eigen Nederlandse wetboek. Men kan zich afvragen of dit beeld, zoals zich dat in Voorduin's citaat opdringt, een correct beeld is. Voorduin zet één en ander bepaald sterk aan, zoals dat hoort in een aanprijzend voorwoord. Een veelheid aan schrijvers heeft dit verschijnsel, door Coing geduid als *nationalisering* van het privaatrecht, beschreven voor meerdere landen in continentaal Europa⁵. De negentiende-eeuwse codificaties veroorzaken in dat beeld een breuk met het verleden; een verleden, waarin de privaatrechtswetenschap met name was gericht op een aan alle continentale rechtsstelsels gemeenschappelijk Romeins recht; een heden waarin de nationale codificatie object van wetenschapsbeoefening is geworden.

Maar is de wetenschappelijke beoefening van het privaatrecht in de periode na de invoering van het Burgerlijk Wetboek in 1838 tot in de huidige tijd daadwerkelijk zo nationaal? Dit beeld lijkt op zijn minst bijgesteld te moeten worden: een dergelijke schets veronachtzaamt de inhoudelijke privaatrechtswetenschap. Slechts het werpen van een vluchtige blik in de literatuur volstaat om aan verwijzingen waar te nemen dat ook in dit nationale privaatrecht veelvuldig gebruik gemaakt wordt van andere rechtsstelsels.

4. Voorduin, J.C., deel 1 (1837), p. 3.

5. Coing, H., *Europäisches Privatrecht II* (1989), p. 2; Kop, P.C., *Legisme en privaatrechtswetenschap* (2e druk, 1992), p. 7; Schulze, R., *Le droit privé commun Européen, Revue Internationale de Droit Comparé* 1-1995, p. 8; Lokin, J.H.A., en W.J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de Europese codificatiegeschiedenis* (1992), p. 420; Van den Bergh, G.C.J.J., *Geleerd recht* (3e druk, 1994), p. 99; Lokin, J.H.A., *De nationale codificatie in haar verhouding tot het geschreven en ongeschreven subsidiaire recht, Nederlands Juristenblad* 1988, p. 660-668, ook verschenen in *Tekst en uitleg* (1994), p. 39-62, passim; Zwalve, W.J., *Hoofdstukken uit de geschiedenis van het Europese privaatrecht*, deel 1, *Inleiding en zakenrecht* (1993), p. 50; zie ook Roos, N.H.M., *De Nederlandse privaatrechtsleer in dramatisch perspectief*, 1987, met name hoofdstuk 3.

Dat gebruik van andere rechtsstelsels in het Nederlandse privaatrecht is ook daarom interessant, omdat de huidige privaatrechtswetenschap (met de Europese Unie als krachtig katalysator) duidelijk gericht is op een *Europees* privaatrecht⁶. Een Europese privaatrechtelijke *codificatie* is volgens velen een vooralsnog onbereikbaar doel, zodat vooral de rechtswetenschap zich zal moeten wijden aan een *Europese privaatrechtswetenschap*. Zo bijvoorbeeld Zimmermann over een Europese codex van het privaatrecht:

'...the time is by no means ripe for that. Without intensive scientific groundwork, a European codification of civil law is not realistically imaginable; nor is it desirable. First and foremost the juristic nationalism which still to a large extent characterizes our consciousness will have to be overcome; in its place, a comprehensive 'Europeanization' of legal science has to be brought about.'⁷

Het gebruik van buitenlandse bronnen in het Nederlandse privaatrecht is in dit verband interessant, omdat het licht kan werpen op dit 'juristic nationalism,' en aldus dienstbaar kan zijn in deze gang naar een Europees privaatrecht. En als vanzelf vloeit dan voort uit de aanwezigheid van die verwijzingen de centrale vraagstelling in dit onderzoek. Zij zal zijn:

In welke mate en op welke wijze was er in de periode 1838 tot in recente tijd in de Nederlandse privaatrechtswetenschap sprake van een internationale oriëntatie?

De vraag in deze algemene vorm beantwoorden is onmogelijk. Wel mogelijk is om op enkele concrete deelvragen een antwoord te vinden. Deze antwoorden tezamen geven een beeld van het veronderstelde nationale karakter van de Nederlandse privaatrechtswetenschap. In de volgende paragrafen (§ 2 ev.) zal ik de vraagstelling toespitsen en werkbaar maken.

6. In dit verband is in de afgelopen jaren een groot aantal artikelen gepubliceerd (ik volsta hier te verwijzen naar de door Hondius genoemde in: Hartkamp, A.S. et al. (ed.), *Towards a European Civil Code* (1994), p. 13 ev.) en een aantal nieuwe tijdschriften opgericht (*European Review of Private Law*; *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*; *Maastricht Journal of European and Comparative Law*).
7. Zimmermann, R., *Roman Law and European Legal Unity*, in: Hartkamp, A.S. et al. (ed.), *Towards a European Civil Code* (1994), p. 67. In diezelfde zin reeds eerder Coing, H., *Europäisierung der Rechtswissenschaft*, *Neue Juristische Wochenschrift* 1990, p. 937-941. En zo zijn er ook in de Nederlandse rechtswetenschap stemmen voor deze 'Europäisierung', bijvoorbeeld Zwalm: 'Het is, dunkt mij, de taak van de Europese universiteiten (...) de grondslagen te leggen voor een Europese rechtswetenschap...', zoals geciteerd en instemmend aangehaald door E.H. Hondius in diens preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht: *Naar een Europees burgerlijk recht* (1993), p. 17.

§ 2. Nadere invulling en afbakening van de vraagstelling

A. ARGUMENTEN UIT ANDERE RECHTSSTELSELS IN DE NEDERLANDSE DISCUSSIE

Op verschillende wijzen kan invulling worden gegeven aan de beantwoording van de gestelde vraag⁸. In een onderzoek naar de invloed van de Duitse rechtswetenschap op de Nederlandse geeft Kop enkele maatstaven om die invloed nader te duiden. Zo noemt hij de vraag of er sprake was van *bekendheid* met de ontwikkeling van het privaatrecht in Duitsland; hij noemt de vraag of er sprake was van een *discussie tussen Nederlandse en Duitse juristen*; en voorts noemt hij de vraag of tussen Nederlandse juristen onderling *met behulp van de aan de Duitse rechtswetenschap ontleende argumenten* werd gediscussieerd⁹. Deze laatste maatstaf voor invloed, het gebruik van het aan een ander rechtstelsel ontleend argument in de Nederlandse discussie, wordt ter beantwoording van de gestelde vraag in dit onderzoek gebruikt.

Als object van onderzoek worden vier verschillende onderwerpen uit het vermogensprivaatrecht onderzocht. De nadruk ligt daarbij op de vorming van standpunten in de wetenschap, zoals deze tot uiting komt in de literatuur: commentaren op het Burgerlijk Wetboek, boeken, publicaties in tijdschriften en annotaties. Geenszins is volledigheid beoogd in de weergave van de discussies. Alleen die standpunten worden beschouwd die een rol van betekenis hebben gespeeld. Daarbij was niet zozeer van belang of het standpunt werd aanvaard, maar juist of er in de discussie aan werd gerefereerd. Rechtspraak en wetgeving wordt onderzocht voor zover zij wordt behandeld in de gebruikte literatuur. De onderzochte periode vangt aan kort voor 1838 en eindigt rond 1940. Het huidige recht biedt de ingang tot de bespreking van de onderwerpen. Waar dit voor een

8. Men zou zich bijvoorbeeld kunnen richten op internationale contacten van enkele hoogleraren waarbij onderzoek van gevoerde briefwisseling centraal staat. Een voorbeeld is dan Jansen, C.J.H., *Der Briefwechsel zwischen H.W. Tydeman (1778-1863) und F.C. Von Savigny (1779-1861): Streiflichter auf die niederländische Rechtswissenschaft am Anfang des 19. Jahrhunderts.*, in: *Die Rechtswissenschaftlichen Beziehungen zwischen den Niederlanden und Deutschland in historischer Sicht* (1991), p. 71-89. Zie ook in dezelfde bundel Kop, P.C., *Bemerkungen zum Einfluß der Deutschen Rechtswissenschaft auf die Niederländische Privatrechtswissenschaft des neunzehnten Jahrhunderts* (p. 91-107); verder Lokin, J.H.A., *De invloed van de pandektistiek op het werk van Diephuis en Opzoomer*, in: R. Pieterman e.a. (red.), *Bijdragen tot de rechtsgeschiedenis van de negentiende eeuw*, (1994), p. 29; Kop, P.C., *Savigny en de wetenschap van het privaatrecht in Nederland in de negentiende eeuw*, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 57 (1989) 117. Ook eerder wordt een dergelijke vraag gesteld naar de invloed van de Franse en Duitse wetenschap en rechtspraak op de Nederlandse rechtspraak (en rechtswetenschap) door Van Apeldoorn in 1939 in een bespreking van het Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1939, in: *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 1939, p. 69.
9. Kop, P.C., (1991), p. 94. Het is dezelfde methode die Hondius hanteert bij zijn onderzoek naar het gebruik van aan buitenlandse rechtstelsels ontleende argumenten in (met name) de rechtspraak. Hondius, E.H., *Het Burgerlijk Wetboek in rechtsvergelijkend perspectief*, in: *Recht vooruit. Opstellen verzameld ter gelegenheid van 150 jaar BW* (1988), p. 59-71.

goed begrip van de gebruikte argumenten verduidelijkend is, wordt het standpunt uit het andere rechtssstelsel nader beschouwd.

B. VERWIJZINGEN EN DE KWANTITATIEVE ONDERSTEUNING

De onderwerpen worden aan de hand van de verschillende ingenomen standpunten en argumenten geanalyseerd. *Verwijzingen* maken duidelijk of een standpunt of argument afkomstig is uit een ander rechtssstelsel. De enkele aanwezigheid van een verwijzing zegt niet veel. Wel illustreert een relatieve verandering in het *aantal* gebruikte verwijzingen de gerichtheid van de rechtswetenschap op een ander rechtssstelsel. Daartoe worden verwijzingen geteld in geselecteerde literatuur en onderscheiden naar hun herkomst. Ik verwijs hiervoor naar de bijlage. Deze kwantitatieve benadering is het eerste criterium om de oriëntatie op andere rechtssstelsels te kunnen meten¹⁰. Verder worden drie andere kwalitatieve criteria gebruikt.

C. DRIE KWALITATIEVE MAATSTAVEN

Juist interessant is een kwalitatief onderzoek. Om meer over het gebruikte argument te weten te komen is een inhoudelijke toets noodzakelijk. Deze inhoudelijke toets vindt op drie niveaus plaats. Daarmee worden drie criteria voor de oriëntatie op andere stelsels gegeven. In de eerste plaats wordt de inhoudelijke ontwikkeling van het leerstuk geanalyseerd: duidelijk wordt aan de hand daarvan welke (delen van de) onderwerpen ontleend zijn aan andere rechtssstelsels. In de tweede plaats wordt het gebruikte argument gewaardeerd aan de hand van methoden van uitleg, van rechtsvinding. Deze methoden veranderen in de loop van de onderzochte periode. Sommige methoden werden wel, andere niet of veel minder geaccepteerd. Door het buitenlands argument als methode van uitleg te kwalificeren wordt de oriëntatie op het andere stelsel duidelijker in die bekende ontwikkeling van het privaatrecht geplaatst. In de derde plaats wordt het aan het buitenlandse stelsel ontleende argument nader beschouwd door meningen van civilisten over rechtsvergelijking erbij te betrekken. Veel civilisten hebben zich uitgelaten over het gebruik van ander recht bij de uitleg van de Nederlandse bepalingen. Over de eerste inhoudelijke toets hoeft op dit moment niet veel meer te worden gezegd. Overnames van

10. Eenzelfde benadering: Hondius, E.H., (1988), p. 67 met betrekking tot rechtspraak van de Hoge Raad, en met interessante voorbeelden van een rechtsvergelijkende argumentatie in andere landen, de 'rechtsvergelijking in het kwadraat'; verder bijvoorbeeld Lokin, J.H.A., (1994), p. 33, die spreekt over: 'Welke schrijvers haalt Diephuis nu het meest aan? Veel meer dan de naam van Von Savigny valt één naam op en dat is die van Joseph Unger.'; zie ook: Brahn, O.K., in: Luijten E.A.A., (e.a.), *146 jaar Burgerlijk Wetboek*, (1989), p. 51. Zie ook Smits, J.M., 'A brooding omnipresence in the sky': over rechtsontwikkeling en buitenlandse rechtsliteratuur, *WPNR* 6207 (1996), p. 45; voor een kwantitatieve analyse van de gebruikte argumenten in de rechtspraak van de Hoge Raad en gerechtshoven: Snijders, H.J., *Rechtsvinding door de burgerlijke rechter* (1978), die overigens in de onderzochte rechtspraak geen beroep op buitenlands recht is tegengekomen dan in verband met internationaal privaatrecht, p. 34-36.

leerstukken zoals de relativiteit of publiek domein zijn bekend. Er blijkt echter veel meer ontleend te zijn aan andere rechtsstelsels. Op rechtsvinding en rechtsvergelijking als maatstaven voor oriëntatie op andere rechtsstelsels wordt in de volgende twee paragrafen ingegaan.

D. RECHTSVINDING ALS MAATSTAF

Standpunten over de uitleg of interpretatie van een artikel komen tot stand na argumentatie; deze argumentatie betreft eigenlijk de interpretatie of de rechtsvinding. In beschouwingen over de beoefening van het privaatrecht in de negentiende en twintigste eeuw nemen de methoden van rechtsvinding een belangrijke positie in. Bekend is met name de wijze waarop de negentiende-eeuwse privaatrechtswetenschap wordt beschreven: als exegetisch of legistisch. De grammaticale en systematische wetsuitleg wordt als het belangrijkste kenmerk van die periode beschouwd. Bekend is eveneens de volgende periode waarbij het recht ook buiten de wet mocht worden gevonden: de periode van de vrije rechtsvinding¹¹. Dit onderzoek plaatst het gebruik van andere rechtsstelsels in die methoden van interpretatie. Het onderzoek wordt ingedeeld in perioden, naar de heersende ideeën over rechtsvinding in de Nederlandse privaatrechtswetenschap. Onderscheiden worden achtereenvolgens een korte periode na 1838, de periode van het legisme, de periode van de vrije rechtsvinding en de periode van de terugtred van de vrije rechtsvinding. Elk hoofdstuk wordt ingeleid door een beschouwing over de gevolgde methoden van interpretatie.

E. RECHTSVERGELIJKING ALS MAATSTAF

Rechtsvergelijking biedt een derde kwalitatieve maatstaf voor gebruik van ander recht. Veel civilisten hebben zich sinds de invoering van het BW in 1838 uitgelaten over het gebruik van andere rechtsstelsels voor de interpretatie van de Nederlandse bepalingen. Het Romeinse recht en het Franse recht staan vlak na 1838 in de belangstelling en gewezen wordt op de herkomst van het Nederlandse recht uit het Franse of het Romeinse recht. Veel later wordt de aandacht gevestigd op de noodzaak van kennisname van andere rechtsstelsels in verband met het internationaal privaatrecht¹², soms zelfs

11. Zie bijvoorbeeld Scholten, P., *Algemeen Deel* (1931), passim; Vranken, J.B.M., *Algemeen Deel* (1995), passim; Pitlo, A., *Het systeem van het Nederlandse privaatrecht* (1958), p. 53; Giliissen, J., *Historische inleiding tot het recht* (1981), met name p. 480-486; Jaspers, A.Ph.C.M., *Rechtspreken in de maatschappij* (1980); Lokin, J.H.A., *Tekst en uitleg* (1994), passim; Kop, P.C., *Legisme en Privaatrechtswetenschap* (2e druk, 1992), passim; Van den Bergh, G.C.J.J., *Geleerd recht* (3e druk, 1994), p. 117 ev. Voor België en Nederland: Van Dievoet, E., *Het burgerlijk recht in België en Nederland 1800-1940*, (1943), met name p. 83-228. Zie voor Duitsland onder meer Wieacker, F., *Privatrechtsgeschiede der Neuzeit* (1967), p. 430 ev.
12. Daarover Steenhoff, G.J.W., *De Wetenschap van het Internationaal Privaatrecht in Nederland in de periode tussen 1862 en 1962* (1994).

om eenmaking van privaatrecht te bewerkstelligen in verband met het internationale handelsverkeer.

F. RECHTSVERGELIJKING ALS TWEDE OBJECT VAN ONDERZOEK

Is er sprake van rechtsvergelijking wanneer verwezen wordt naar andere rechtsstelsels? In beschouwingen over rechtsvergelijking wordt nauwelijks ingegaan op het gebruik van buitenlandse rechtsstelsels in het privaatrecht zelf. Beschouwingen van comparatisten geven een geheel ander beeld dan uit het privaatrecht zelf kan volgen. In de eerste plaats wordt door comparatisten meestal een beperkte omschrijving van rechtsvergelijking gehanteerd. Van wetenschappelijke rechtsvergelijking zou eerst dan sprake zijn wanneer de historische wording en sociologische aspecten bij de vergelijking worden betrokken¹³. Samenhangend daarmee wordt de geschiedenis van de rechtsvergelijking beschreven als de geschiedenis van een afzonderlijke wetenschappelijke discipline. Gesteld wordt bijvoorbeeld dat het begin van rechtsvergelijking gevonden kan worden bij de oprichting van een rechtsvergelijkend tijdschrift, of bij het eerste rechtsvergelijkende congres in Parijs in 1900¹⁴. Daarmee blijft een belangrijk deel van rechtsvergelijkende arbeid onbeschreven. Wanneer een ruime definitie van rechtsvergelijking wordt gebruikt, dan laat zich ook het buitenlandse argument, zelfs de enkele verwijzing, in de Nederlandse discussie daaronder vatten, en aldus verschaft dit onderzoek inzicht in de ontwikkeling van rechtsvergelijking *binnen* het Nederlandse privaatrecht¹⁵. In de tweede plaats wordt de oorsprong van de rechtsvergelijking gelegd in de nationale codificatie van het privaatrecht¹⁶. Daarmee wordt versluierd dat de wetenschappelijke beoefening

13. Zie Kokkini-Iatridou, D., *Een inleiding tot het rechtsvergelijkende onderzoek* (1988), p. 6; De Boer, Th.M., Uitgangspunten van een rechtsvergelijkende theorie: een paradigma voor de lage landen, in: *Ars Aequi* 43 (1994) 5, p. 39; anders De Groot, G.R., *Vergelijkt alles en behoudt het goede* (1989), p. 2-3;
14. Zo bijvoorbeeld Constantinesco, L.J., *Rechtsvergleichung I*, 1971, p. 69, over de zelfstandige beoefening van rechtsvergelijking sinds het laatst van de negentiende eeuw als: 'Denkprozeß der systematischen Gegenüberstellung'; verder dezelfde, p. 115 ev.; Hug, W., The history of comparative law, *Harvard law review* 1932, p. 1031; Gutteridge, H.C., *Comparative law* (1971), p. 25; Coing, H., (1989), p. 58-63; De Boer, Th.M., (1994), p. 39. Een geheel andere benadering hanteert Watson: rechtsvergelijking als de studie naar de verbanden tussen rechtssystemen, waarbij juist wordt gekeken naar aan andere rechtssystemen ontleende onderdelen, 'legal transplants'. Een interessante benadering waaronder ook dit onderzoek gebracht kan worden. Zie Watson, A., *Legal transplants. An approach to comparative law* (1993), p. 19.
15. Eenzelfde benadering van rechtsvergelijking: Hondius, E.H., (1988), p. 61; een aanzet tot dergelijk onderzoek naar rechtsvergelijking, en een fraaie schematisering voor wat de eigentijdse rechtspraak in burgerlijke zaken van de Hoge Raad betreft is gedaan door Strikwerda, L., en I.R. de Jong, Rechtsvergelijking en rechtsvinding in burgerlijke zaken, *Ars Aequi* 43 (1994) 5, p. 20-25. Ook Smits heeft in een tweetal recente artikelen in het *WPNR* de nadruk gelegd op de rechtsvergelijking als methode van rechtsvinding: zie Smits, J.M., De noodzaak en de mogelijkheid van rechtsvergelijking in het civiele recht, *WPNR* 6154 (1994), p. 728-730; dezelfde, 'A brooding omnipresence in the sky': over rechtsontwikkeling en buitenlandse rechtsliteratuur, *WPNR* 6207 (1996), p. 44-47.
16. Coing, H., (1989), p. 56 ev.

van het privaatrecht in Nederland kort na de codificatie door de oorsprong uit de Franse Code civil nauwelijks 'nationaal' beoefend kon worden.

G. DE VIER MAATSTAVEN EN ENKELE ANDERE ASPECTEN

Het onderzoek biedt antwoord op de vraag of in de ontwikkeling van de onderwerpen zelf duidelijk aanwijsbare aspecten aanwezig zijn van buitenlandse herkomst. Daarnaast wordt inzicht geboden op twee andere niveaus. Het buitenlands argument wordt geplaatst in de methoden van rechtsvinding. Voorts wordt het buitenlands argument geduid in verband met de waarde die aan andere rechtsstelsels werd toegekend bij de uitleg van het Nederlandse recht (rechtsvergelijking). Met behulp van een kwantitatieve analyse wordt ondersteuning geboden. Met het nodige voorbehoud worden de gevonden resultaten geëxtrapoleerd naar het vermogensrecht in het algemeen, en kunnen enige conclusies worden getrokken met betrekking tot de oriëntatie van het Nederlandse vermogensrecht op andere rechtsstelsels. Teneinde aldus te kunnen veralgemenen wordt elk afzonderlijk hoofdstuk ingeleid met een behandeling van de (heersende) ideeën over rechtsvinding en over rechtsvergelijking. Bovendien wordt aandacht besteed aan de wetenschap van het privaatrecht in Frankrijk, Duitsland, België en incidenteel aan enkele andere Europese landen. Verder wordt tevens inzicht geboden in de wijze waarop binnen het privaatrecht rechtsvergelijking werd bedreven.

§ 3. Een verantwoording van de onderwerpen

Enkele leerstukken en artikelen uit het Burgerlijk Wetboek worden onderzocht op de oriëntatie op andere rechtsstelsels: de in artikel 1403 lid 1 BW weergegeven aansprakelijkheid voor zaken, publiek domein, artikel 2014 BW en de relativiteit van de onrechtmatige daad. Deze onderwerpen vormen tezamen slechts een kleine uitsnede uit het Nederlandse vermogensrecht. Zij zijn uitgekozen om twee redenen. Elk van de leerstukken heeft een duidelijk herkenbaar ijkpunt in een buitenlands rechtsstelsel. Voor aansprakelijkheid voor zaken betreft dit de ruime Franse en Belgische uitleg van artikel 1384 Cc aan het einde van de negentiende eeuw; voor publiek domein betreft dit de duidelijke introductie door Thorbecke van de Franse theorie inzake 'domaine public' van de vroegnegentiende eeuwse jurist Proudhon; artikel 2014 is een letterlijke vertaling van een in het Franse recht al onbegrijpelijke zinsnede; de relativiteit van de onrechtmatige daad kan herleid worden tot een bepaling uit het Duitse BGB. Voordeel van deze benadering is dat in de discussie aan andere rechtsstelsels ontleende argumenten een belangrijke rol zullen spelen. Duidelijker wordt dan hoe er in de loop van de onderzochte periode veranderingen optraden in het gebruik van het aan een ander rechtsstelsel ontleende argument. Nadeel van deze methode is vanzelfsprekend dat leerstukken die een dergelijk in een ander rechtsstelsel gelegen ijkpunt missen, niet worden onderzocht. De tweede reden waarom juist deze leerstukken werden geselecteerd, ligt in de intensiteit van de gevoerde discussie. Alle leerstukken laten een levendig debat zien, en de hoeveelheid van de standpunten en gebruikte argumenten maken dat meer gezegd kan

worden over de ontwikkeling van de leerstukken, het gebruik van het aan een ander rechtsstelsel ontleende argument, de wijze van rechtsvinding en de rechtsvergelijking. Deze twee redenen zijn niet de enige; dat zou een benadering zijn die ten onrechte een exactwetenschappelijke benadering zou pretenderen. Minstens evenzeer is de keuze veroorzaakt door een interesse in de leerstukken, en door aan die interesse voorafgaand toeval.

§ 4. Plan van behandeling

In het eerstvolgende hoofdstuk 2 worden de leerstukken geïntroduceerd. De hoofdstukken 3-7 betreffen elk een afzonderlijk te onderscheiden periode in de Nederlandse beoefening van het privaatrechtswetenschap. In hoofdstuk 3 wordt de privaatrechtswetenschap voorafgaande aan 1838 belicht. Ingegaan wordt op het aan het BW voorafgaande gemeene Romeinse recht, het Franse recht, en de betekenis van beide voor het BW van 1838. Deze beide rechtsstelsels worden gebruikt om de eerste betekenis van de onderzochte onderwerpen te bepalen. Hoofdstuk 4 vervolgt met de eerste periode (1838-1850) kort na de codificatie van 1838. In hoofdstuk 5 wordt de periode van het legisme behandeld (1850-1880). In hoofdstuk 6 wordt de periode van reactie op deze tekstexegese belicht, een periode waarin een vrije wetsuitleg opvallend op de voorgrond treedt (1880-1910). Hoofdstuk 7 behandelt de periode waarbij zowel kenmerken van het legisme, als kenmerken van de vrije rechtsvinding zijn aan te treffen (1910-1940). Grenzen tussen de perioden kunnen niet scherp worden getrokken. Zij dienen voor een eerste houvast. In de afzonderlijke hoofdstukken worden de vier genoemde maatstaven telkens voor die periode behandeld in de volgorde: (1) een kwantitatieve analyse van verwijzingen naar andere rechtsstelsels, (2) een identificatie van de aan andere stelsels ontleende inhoudelijke aspecten van de onderwerpen, (3) het gebruik van buitenlandse bronnen in de methoden van rechtsvinding, (4) het gebruik van buitenlandse bronnen in verband met visies op rechtsvergelijking. Hoofdstuk 8 ten slotte besluit het onderzoek met een conclusie, waarin dezelfde volgorde als in de afzonderlijke conclusies wordt aangehouden, en tevens de vraag naar de rechtsvergelijking binnen het privaatrecht wordt besproken. Bovendien wordt ingegaan op de betekenis van dit onderzoek voor een Europees privaatrecht. In een bijlage zijn de getalsmatige gegevens weergegeven en is een uiteenzetting van de gevolgde methode voor de kwantitatieve ondersteuning opgenomen.

Introductie van de onderwerpen

§ 1. Inleiding

In dit hoofdstuk worden de onderwerpen gepresenteerd vanuit het huidige recht. Achtereenvolgens zijn dat de aansprakelijkheid voor zaken, artikel 2014 BW, publiek domein en de relativiteit van de onrechtmatige daad. Een korte beschrijving van het onderwerp wordt gegeven. In het bijzonder gaat de aandacht uit naar die momenten in de ontwikkeling sinds 1838 waarbij een belangrijke toon voor de discussie is gezet. Dit kan zijn een duidelijk twistpunt in de discussie, een omstreden rechtelijke beslissing of een introductie van een buitenlands standpunt. Deze momenten komen in het verloop van dit onderzoek weer aan de orde.

§ 2. Aansprakelijkheid voor zaken

A. ONTSTAAN VAN EEN APARTE AANSPRAKELIJKHEID VOOR ZAKEN

In het nieuwe Burgerlijk Wetboek bevindt zich een aparte aansprakelijkheid voor roerende zaken. Artikel 6:173 vestigt die aansprakelijkheid voor de bezitter van een roerende zaak. Deze roerende zaak moet gebrekkig zijn en voorts een bijzonder gevaar voor personen of zaken opleveren¹⁷. Te bewijzen door de gelaedeerde is hier (onder andere) dat de zaak een gebrek had, maar niet dat de bezitter onrechtmatig heeft gehandeld of schuld treft aan de schadeveroorzakende gebeurtenis. Een gunstige bewijspositie wordt zo bewerkstelligd; schuld hoeft niet te worden bewezen en vaak kan uit de gestelde en bewezen feiten worden afgeleid dat sprake was van een gebrek van de zaak:

17. Artikel 6: 173 lid 1. De bezitter van een roerende zaak waarvan bekend is dat zij, zo zij niet voldoet aan de eisen die men in de gegeven omstandigheden aan de zaak mag stellen, een bijzonder gevaar voor personen of zaken oplevert, is, wanneer dit gevaar zich verwezenlijkt, aansprakelijk, tenzij aansprakelijkheid op grond van de vorige afdeling zou hebben ontbroken indien hij het gevaar op het tijdstip van ontstaan daarvan zou hebben gekend.

'res ipsa loquitur'.¹⁸ Naast deze algemene bepaling is ook sprake van afzonderlijke wetgeving over specifieke zaken: in de Wegenverkeerswet 1994 is in artikel 185 een ruime aansprakelijkheid gevestigd voor schade, veroorzaakt door motorrijtuigen.

Van een dergelijke afzonderlijke aansprakelijkheid voor zaken was na de codificatie van 1838 nog geen sprake. Geheel anders laat zich dan ook de positie van de gelaedeerde aanzien. De sleutel tot de aansprakelijkheid voor door zaken veroorzaakte schade wordt dan geboden door het criterium 'schuld' in artikel 1401 BW, door de criteria 'nalatigheid of onvoorzigtigheid' in artikel 1402 BW. Dit ontbreken van een aansprakelijkheid voor zaken is ten tijde van invoering van de codificatie niet zeer vreemd. Ook al was bij een schadeveroorzakende gebeurtenis een 'schadeveroorzakende' zaak betrokken, vaak was sprake van rechtstreeks menselijk doen of nalaten. De zaak zelf speelt in de juridisch-dogmatische constructie ter vaststelling van de aansprakelijkheid dan geen rol. Tot ver in de negentiende eeuw kan dit beeld worden volgehouden. Indien door een dergelijke zaak schade wordt toegebracht dan is de gebruiker van de zaak veelal direct aansprakelijk uit 1401 en 1402. De betekenis van 'schuld' kon na 1838 nogal variëren. Een ruime betekenis, *aansprakelijkheid* uit 1401 en 1402 in het algemeen, lijkt de eerste betekenis geweest te zijn. De betekenis van verwijtbaarheid verkrijgt het begrip pas later¹⁹. Welke juridische betekenis schuld ook werd toegekend, onder de geschetste omstandigheden ligt een aparte aansprakelijkheid voor zaken, naast de aansprakelijkheid voor eigen doen of nalaten, niet voor de hand. De bepalingen met betrekking tot de onrechtmatige daad zijn voldoende. Slechts voor dieren en gebouwen waren afwijkende regels geschreven²⁰. In het oude Burgerlijk Wetboek wordt de aansprakelijkheid voor onrechtmatige daad met betrekking tot eigen handelen of nalaten, en daarnaast die voor zaken, beheerst door de volgende bepalingen:

Artikel 1401. Elke onrechtmatige daad, waardoor aan een ander schade wordt toegebracht, stelt dengenen door wiens schuld die schade veroorzaakt is in de verplichting om dezelve te vergoeden.

Artikel 1402. Een ieder is verantwoordelijk, niet alleen voor de schade welke hij door zijne daad, maar ook voor die welke hij door zijne nalatigheid of onvoorzigtigheid veroorzaakt heeft.

18. Zie *Asser-Hartkamp* III (1994), nr 176; evenzo: conclusie AG Hartkamp voor HR 24 december 1993, NJ 1994, 214 (Leebeek/Vrumona). Zie ook *T&C* (Lankhorst), aant. 5 bij art. 173 boek 6 BW, waar wordt gesproken over een risico-aansprakelijkheid.
19. Zie Van Maanen, G.E., *Onrechtmatige daad* (1986), p. 38, 104 en 192; dezelfde in: '...om te doen ophouden de menigvuldige twistgedingen...' *Opmerkingen omtrent de historische achtergrond van de onrechtmatige daad* (1995), p. 54-55.
20. Het betreft hier overigens bepalingen die reeds in het Romeinse recht voorkwamen. Zie bijvoorbeeld: Inst. 4,9, in: Spruit, J.E., en K.E.M. Bongenaar, *Corpus Juris Civilis. Tekst en vertaling*, deel 1, Instituut (1993).

Artikel 1403 lid 1. Men is niet alleen verantwoordelijk voor de schade, welke men door zijne eigene daad veroorzaakt, maar ook voor die welke veroorzaakt is door de daad van personen voor welke men aansprakelijk is, of door zaken welke men onder zijn opzigt heeft.

Artikel 1404 BW. De eigenaar van een dier, of degene die zich van hetzelfde bedient, is, zoo lang hetzelfde tot zijn gebruik verstrekt, aansprakelijk wegens de schade welke het dier heeft veroorzaakt, het zij hetzelfde onder zijn toezigt en bewaring, dan wel verdwaald of ontsnapt zij.

Artikel 1405 BW. De eigenaar van een gebouw is verantwoordelijk voor de schade door deszelfs geheele of gedeeltelijke instorting veroorzaakt, indien deze door verzuim van onderhoud, of door een gebrek in de bouw of inrigting, is te weeg gebracht.

Vestiging van aansprakelijkheid op basis van deze artikelen is lastig, wanneer de schade niet direct door handelen of nalaten van de gebruiker van de zaak is veroorzaakt. Aan wat voor soort gevallen moet gedacht worden? Een verscheidenheid doet zich voor. Opvallend in de jurisprudentie zijn met name ongelukken met spoorwegen en met auto's. Eveneens veel voorkomend in rechterlijke uitspraken zijn gevallen waarbij schepen in aanvaring komen met objecten in het water. Waarom is vaststelling van aansprakelijkheid lastiger? De benadeelde dient in die gevallen het onrechtmatig handelen of nalaten aan te tonen van diegene die de zaak gebruikte, die de onrechtmatige daad (indirect) pleegde²¹.

In de loop van de negentiende eeuw doen zich deze gevallen met een zelfstandig schadeveroorzakende zaak steeds vaker voor. Op een tweetal ontwikkelingen moet worden gewezen: in de eerste plaats is er sprake van een flinke toename in het aantal machines. In de tweede plaats neemt de diversiteit van in het verkeer gebrachte goederen toe, de intensiteit van het verkeer en, in het verlengde daarvan, de gevaren waaraan mensen zijn blootgesteld²². Met name in bedrijfsmatige situaties en bij het (gemotoriseerd)

21. Zie Zimmermann, *Law of Obligations, Roman foundations of the civilian tradition*, (1990) p. 1034: 'In the course of the 19th century, the principle that liability is based on fault acquired the status of an unquestionable, axiomatic truth.' Even verder: 'it fitted the prevailing economic liberalism and served the interests of expanding industry and of the rising middle class;' Jhering's stelling 'nicht der Schaden verpflichtet zum Schadenersatz, sondern die Schuld' wordt veelvuldig in de Nederlandse literatuur rond de eeuwwisseling aangehaald. Jhering, R. von, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, Vermischte Schriften juristischen Inhalts* (1879), p. 199.

22. Zie voor een beschrijving van de ontwikkeling van een aansprakelijkheid voor zaken: Zimmermann, R., *The Law of Obligations. Roman foundations of the civilian tradition* (1990), p. 1034-1035; Knijff, D., *Gebrekkige zaken* (1973), p. 6-7; Schwitters, R.J.S., *Risicante aansprakelijkheid, Recht en Kritiek* 17 (1991) 1, p. 5; en van dezelfde auteur: *De risico's van de arbeid. Het ontstaan van de ongevallenwet in sociologisch perspectief* (1991). Zie ook de recensie in *Recht en Kritiek* 18 (1992) p. 79; Braams, W.Th., *Buiten-contractuele aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen* (1989), passim. Scholten brengt de ontwikkeling naar een bijzondere aandacht voor schade, veroorzaakt door zaken, in verband met de verschuiving naar meer vrijere vormen van rechtsvinding, waarover meer in hoofdstuk 6. Zie ook Scholten, P., *Algemeen Deel* (1931) § 25. Enzo Valkhoff, die deze ontwikkeling als een voorbeeld gebruikt voor de vermaatschappelijking van het privaatrecht. Valkhoff, J., *Een eeuw rechtsontwikkeling* (2e druk, 1949), p. 172-173.

vervoer is hiervan sprake. In Nederland doet deze ontwikkeling zich juist sinds het laatste kwart van de negentiende eeuw voor, later dan in bijvoorbeeld België en Duitsland. Duitse wetgeving met betrekking tot aansprakelijkheid, eerder tot stand gebracht door de industriële voorsprong, kreeg in de Nederlandse rechtswetenschap veel aandacht²³. Een andere mogelijke weg voor vestiging van aansprakelijkheid is artikel 1403 lid 1. In dat artikel wordt gewag gemaakt van een aansprakelijkheid voor zaken, terwijl schuld niet wordt genoemd. Deze bepaling zou een mogelijkheid bieden om een aansprakelijkheid voor zaken te vestigen. De Hoge Raad zelf vestigt daarop de aandacht, in een in 1859 gewezen arrest. Wij keren terug naar 1859 en zien in het arrest reeds ontvouwd de discussie die later over de uitleg van artikel 1403 lid 1 laatste zinsne- de zou ontbranden.

B. 1859: DE AMSTERDAMSCH E PIJPGAZ-COMPAGNIE

Op 28 januari 1859 wijst de Hoge Raad een merkwaardig arrest, waarin aan artikel 1403 lid 1 BW een bijzondere uitleg wordt gegeven. Het volgende had zich voorgedaan. Trautwein, hoofdrolspeler in deze zaak, heeft in Amsterdam een winkel, aangesloten op een gasleidingnet van de zogeheten 'Amsterdamsche pijpgaz-compagnie.' In de leidingen van deze maatschappij ontstaat een lek, gas ontsnapt en hoopt zich op onder de winkel. Een ontploffing volgt en schade aan de winkel is het gevolg. Deze schade wenst Trautwein op de gasmaatschappij te verhalen. Hij begint een gerechtelijke procedure, waarin hij een beroep doet op artikel 1403 lid 1 BW. De Rechtbank Amsterdam wijst de vordering af: Trautwein slaagt er niet in aan te tonen dat er sprake was van schuld, nalatigheid of onvoorzichtigheid aan de zijde van de gasmaatschappij. De rechtbank doelt hier op vereisten uit 1401 en 1402 BW; vereisten die echter in artikel 1403 lid 1 *niet* worden genoemd. In hoger beroep wordt dit vonnis van de rechtbank door het hof vernietigd, en Trautweins vordering alsnog toegewezen, omdat:

'de pijpen der toen geïnt. met het daarin bevatte gaz zijn zaken, die zij onder haar opzigt heeft, en zij derhalve in het algemeen is verantwoordelijk voor de daardoor veroorzaakte schade, met name ook voor de ontploffingen van het ten gevolge van gebreken aan de pijpen ontsnapte gaz;'

De gasmaatschappij is volgens deze uitspraak in het algemeen verantwoordelijk voor de door haar gaspijpen veroorzaakte schade, omdat zij deze onder haar opzicht had. Zij stelt beroep in cassatie in. Als cassatiemiddel stelt zij dat het Hof artikel 1403 BW verkeerd toegepast heeft. Volgens de gasmaatschappij had het Hof de vordering niet op grond van artikel 1403 BW kunnen toewijzen 'zonder in facto het bestaan van verzuim bij de eischeresse aan te nemen.' Van belang is dus of de vereisten van 1401 (schuld) of 1402 (verzuim) ook gelden bij aansprakelijkheid op grond van 1403 lid 1 BW. De Hoge Raad onderzoekt dan eerst voor welke zaken artikel 1403 lid 1 BW is bedoeld en

23. Kossmann, E.H., *De lage landen 1780-1940* (1984), p. 310-315; J.A. de Jonge, *De industrialisatie in Nederland tussen 1850 en 1914* (1968, herdruk 1976), p. 340-341.

komt tot twee mogelijke interpretaties: of artikel 1403 lid 1 BW heeft een *algemene* betekenis en is van toepassing op alle zaken of het is slechts beperkt van toepassing en verwijst in dat geval naar de in 1404 en 1405 BW genoemde dieren en gebouwen. De Hoge Raad kiest met een *a-contrario* argument voor de eerste mogelijkheid: artikel 1403 BW wijst in de volgende leden wel enige personen aan waarvoor men aansprakelijk kan zijn, maar geeft géén nadere concretisering van het begrip zaken. Vervolgens stelt de Hoge Raad de vraag aan de orde of schuld een vereiste is bij aansprakelijkheid op grond van 1403 lid 1 BW, en overweegt dan met een geheel op de tekst van artikel 1403 BW gebaseerde uitleg: ‘...dat ter toepassing van art.1403 geen bewijs van schuld wordt gevorderd.’²⁴ Twee vragen keren in de komende discussie telkens terug: is artikel 1403 van toepassing op alle zaken (of verwijst het slechts naar de dieren en gebouwen als in de twee volgende artikelen)? als eerste vraag; en: is ‘schuld’ een vereiste voor aansprakelijkheid? als tweede vraag. Het ‘onder opzigt hebben’ van welke zaak dan ook, en het veroorzaken van schade is in de lijn van deze uitspraak voldoende om voor schade aansprakelijk te zijn.

De uitspraak wordt in de discussie over een aansprakelijkheid voor zaken vaak aangehaald: zij is de eerste waarbij de twee wijzen van uitleg van artikel 1403 lid 1 duidelijk werden omschreven en wordt als voorbeeld gebruikt voor een aansprakelijkheid, waarbij de grondslag niet door schuld wordt gevormd. Toch heeft deze uitleg van 1403 in de rechtspraak niet echt kunnen beklijven. In latere uitspraken wordt wel een aansprakelijkheid aangenomen op grond van 1403 lid 1 BW, schuld wordt dan wel vereist. Onlangs is nog door de Hoge Raad deze uitleg aan artikel 1403 gegeven in een zaak waarin een op een boot vervoerde lading hout was gaan schuiven en was terechtgekomen op een trekker en tankoplegger, die daardoor schade hadden opgelopen. Eiser stelde dat van door zaken veroorzaakte schade sprake was, dat gedaagde het hout onder opzicht had in de zin van artikel 1403, en dat van een vermoeden van schuld uitgegaan moest worden. Vergeefs: ‘Uitgangspunt moet zijn dat art. 1403 lid 1 zelfstandige betekenis mist, zowel voor wat betreft “de daad van personen voor welke men aansprakelijk is” als voor wat betreft “zaken, welke men onder zijn opzicht heeft”. Dat brengt mee dat voor aansprakelijkheid van degene die de zaak waardoor de schade is veroorzaakt, onder zijn opzicht had, tevens onrechtmatigheid en schuld moeten vaststaan (...).’²⁵ Deze laatste, enge uitleg van 1403 staat nogal in contrast met de ontwikkeling die het overeenkomstige Franse artikel 1384 Cc sinds 1896 te zien heeft gegeven. Dat artikel speelde een hoofdrol bij de ontwikkeling van een aansprakelijkheid voor zaken in

24. HR 28 januari 1859, W2031; ook gepubliceerd in *Nederlandsche rechtspraak*, deel 61, § 20, p. 92-105

25. Zie HR 19 februari 1993, NJ 1996, 318; voor de feiten, zie de conclusie van AG Hartkamp. De lagere rechtspraak wijkt soms van dit standpunt af. Zie *Asser-Hartkamp* III (1994), nr. 160. Hartkamp meent dat in gelijksoortige gevallen min of meer willekeurig een beroep gedaan werd op 1401 of 1403 lid 1 BW. De rechter zou geneigd zijn de bewijslast wat lichter te stellen wanneer artikel 1403 lid 1 BW aan de vordering ten grondslag gelegd werd. Zie hoofdstuk 6 § 2.D.2.

Frankrijk. In de Nederlandse discussie is dit opgemerkt en zodoende komt artikel 1403 lid 1 alsnog sterk in de belangstelling te staan. Naast deze aansprakelijkheid voor zaken in een algemene bepaling heeft bijzondere wetgeving uit met name Duitsland een grote rol in de Nederlandse doctrine gespeeld.

§ 3. Artikel 2014

Wanneer een beschikkingsonbevoegde een roerende niet-registerzaak overdraagt, dan stelt artikel 3: 86 een duidelijke regel over de verkrijging van de eigendom. De feitelijke macht die de beschikkingsonbevoegde over de zaak uitoefende legitimeert hem in dat geval tegenover de derde-verkrijger als beschikkingsonbevoegd. De derde-verkrijger wordt, als aan de andere voorwaarden van het artikel is voldaan, tegenover de oorspronkelijke eigenaar beschermd indien deze de betreffende zaak wenst te revindiceren: de derde is eigenaar geworden. Lid 3 maakt een uitzondering in geval van diefstal.

Art. 3: 86 lid 1. Ondanks onbevoegdheid van de vervreemder is een overdracht overeenkomstig artikel 90, 91 of 93 van een roerende zaak, niet-registergoed, of een recht aan toonder of order geldig, indien de overdracht anders dan om niet geschiedt en de verkrijger te goeder trouw is. Lid 3. Niettemin kan de eigenaar van een roerende zaak, die het bezit daarvan door diefstal heeft verloren, deze gedurende drie jaren, te rekenen van de dag van de diefstal af, als zijn eigendom opeisen, tenzij:

- a. de zaak door een natuurlijke persoon die niet in de uitoefening van een beroep of een bedrijf handelde, is verkregen van een vervreemder die van het verhandelen aan het publiek van soortgelijke zaken anders dan als veilinghouder zijn bedrijf maakt in een daartoe bestemde bedrijfsruimte, zijnde een gebouwde onroerende zaak of een gedeelte daarvan met de bij het een en ander behorende grond, en in de normale uitoefening van dat bedrijf handelde; of
- b. het geld dan wel toonder- of orderpapier betreft.

Hoeveel onduidelijker was de voorganger van artikel 3: 86 in het oude BW, artikel 2014 geredigeerd:

Lid 1. Met betrekking tot roerende goederen die noch in renten bestaan, noch in inschulden welke niet aan toonder betaalbaar zijn, geldt het bezit als volkomen titel.

Lid 2. Niettemin kan degene die iets verloren heeft of aan wien iets ontvreemd is, gedurende drie jaren, te rekenen van den dag waarop het verlies of de ontvreemding heeft plaatsgehad, het verlorene of ontvreemde als zijn eigendom terug vorderen van dengenen in wiens handen hij hetzelfde vindt, behoudens het verhaal van den laatstgemelde op dengenen van wien hij het bezit bekomen heeft, en onverminderd de bepaling van artikel 637.

Met name het zeer onduidelijke eerste lid heeft aanleiding gegeven tot een omvangrijke literatuur, en lijnrecht tegenover elkaar staande standpunten: wat moet verstaan worden onder 'bezit geldt als volkomen titel'? De uiteindelijke lezing van artikel 2014 komt

grotendeels overeen met de in artikel 3:86 neergelegde legitimatieleer²⁶. Er zijn enkele opvallende verschillen tussen artikel 2014 uit het oude BW en 3:86 uit het thans geldende. Verdwenen is in de laatste bepaling de bescherming die aan vindere werd geboden. Voor deze categorie verkrijgers is een aparte regeling in de tweede titel van boek 5 BW neergelegd. Een ander opmerkelijk verschil ligt in de in artikel 3:86 toegevoegde bescherming van de consument-koper in het derde lid onder a.

De tekst van artikel 2014 'geldt het bezit als volkomen titel' is in 1950 door de Hoge Raad uitgelegd op de wijze van de met name door Scholten voorgestane legitimatieleer²⁷. Dit gebeurt in één enkele overweging, waarbij op eenvoudige wijze een eind wordt gemaakt aan jarenlange controversen. Een knoop wordt doorgehakt:

'O. dat de bepaling van het eerste lid van art. 2014 B.W. op de algemene regelen betreffende de eigendomsverkrijging van roerend goed door middel van levering slechts in zover een uitzondering maakt, dat de beschikkingsonbevoegdheid van dengeen, die overdraagt, den verkrijger te goeder trouw niet kan worden tegengeworpen;'

Wat was de onderliggende casus? Damhoff had in 1944 van een Duitse vennootschap een partij meubelen gekocht, en vervolgens longa manu geleverd gekregen. Na de bevrijding werden de goederen in beslag genomen door de overheid, en vervolgens verkocht. De eigendomsoverdracht van de Duitse vennootschap aan Damhoff, zo stelde de staat in de daarop volgende procedure, berustte op een nietige koopovereenkomst. De nietigheid vloeiende voort uit een besluit van 7 juni 1940. Alle overeenkomsten die waren aangegaan met, onder meer, een 'vijandelijken onderdaan' werden met deze sanctie bedreigd. Damhoff had met een Duitse vennootschap gehandeld, zodat Damhoff volgens de staat nimmer eigenaar geworden was, de Duitse vennootschap echter die kwaliteit had behouden. Deze goederen nu werden, als vijandelijk vermogen, van rechtswege eigendom van de staat²⁸. Damhoff beriep zich erop dat hij wel de eigendom verkregen had. Hij was immers, zo stelde hij, te goeder trouw geweest, want had van dit, in Londen uitgevaardigde besluit geen weet gehad, en zijn enkele bezit gold mitsdien als 'volkomen titel'. Neen, aldus de Hoge Raad, die als boven geciteerd overwoog. Alleen de beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder mag ontbreken, een geldige titel en de goede trouw van de verkrijger zijn vereist. Alleen bezitter te goeder trouw zijn, zoals Damhoff had gesteld, is onvoldoende. Met dezelfde korte uitspraak decreeteerde de Hoge Raad tevens het causale stelsel van eigendomsoverdracht: een

26. Zie bijvoorbeeld: Pitlo-Brahn, *Het Nederlands Burgerlijk Wetboek, deel 2, Het Zakenrecht* (1987), p. 175 ev.; Brahn, O.K., *Levering, Beschikkingsonbevoegdheid* (1992), p. 55 ev.; Zwalve W.J., *Hoofdstukken uit de geschiedenis van het Europese privaatrecht*, deel 1, Inleiding en zakenrecht, (1993), hoofdstukken 2 en 3, passim; Snijders, H.J., Rank-Berenschot, E.B., *Goederenrecht* (1994), p. 327 ev.

27. HR 5 mei 1950, *NJ* 1951, 1 (Damhoff-Staat).

28. Besluit van 7 juni 1940, *Staatsblad A* 6, en besluit 20 oktober 1944, *Stb.* E 133, artikel 3, in: Lem, P.D.M., *Nieuw recht* (1945).

geldige titel is ten minste noodzakelijk voor overdracht van eigendom. De in Damhoff staat naar voren komende tweespalt geeft de kern van de discussie zoals in de halve eeuw van 1910 tot 1950 in Nederland gevoerd, goed weer. Aan de ene zijde Scholten, met de nieuwe legitimatieleer; aan de andere zijde Meijers, met het ook door Damhoff voorgestane standpunt. Het is met name de zinsnede '...geldt het bezit als volkomen titel.' die in het onderzoek belicht zal worden. De andere delen van de bepaling komen af en toe zijdelings aan de orde.

Voor 1900 werd deze bepaling echter op vele andere wijzen uitgelegd. Zo werd door Meijers in navolging van Diephuis verdedigd dat bezit van een derde te goeder trouw, als eigendom zou gelden²⁹. In dat geval zou Damhoff, mits deze zijn goede trouw bewezen zou hebben, eigenaar geworden zijn, en aanspraak hebben kunnen maken op een schadevergoeding. Meijers nam niettemin de uitleg van de Hoge Raad, Scholtens legitimatieleer, over in zijn ontwerp Nieuw Burgerlijk Wetboek³⁰. Met name tot aan de eerste introductie van de legitimatieleer aan het begin van deze eeuw zijn er vele, soms sterk uiteenlopende, standpunten verdedigd. Deze veelheid aan mogelijke interpretaties bracht Modderman tegen het einde van de negentiende eeuw tot de constatering dat artikel 2014 een van de centrale problemen vormde van het verouderd Burgerlijk Wetboek³¹. Ten grondslag aan deze grote onduidelijkheid lagen dezelfde bewoordingen in de Franse Code civil. Vrijwel vruchteloos is gedurende meer dan een eeuw gepoogd aan verschillende interpretaties een aan het Franse recht ontleende rechtshistorische onderbouwing te verlenen. Voor de onderbouwing van aspecten van de legitimatieleer werden meerdere rechtsstelsels gebruikt.

§ 4. Publiek domein

Een overheid die privaatrechtelijke bevoegdheden gebruikt teneinde één van de haar toebedeelde taken uit te oefenen. Ziehier in het kort een sedert tijden controversiële kwestie, in Nederland, maar ook in Frankrijk en Duitsland. Het is precies datgene dat ook bij publiek domein het thema van discussie uitmaakt, een discussie die sinds de codificatie van 1838 wordt gevoerd, en die eveneens zeer actueel is. Het arrest Staat/Windmill³² heeft de discussie over publiek domein flink aangewakkerd³³.

29. Zie hoofdstuk 6 § 3.C en met name hoofdstuk 7 § 3.A.

30. Artikel 3.4.3 Ontwerp Meijers.

31. In: *Weekblad van het Recht* 4470 (1880), als geciteerd bij Meijers, E.M., Wijzigingen en aanvullingen van het Burgerlijk Wetboek na 1838, *Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938* (1938), p. 59. Zie voor een overzicht van de discussie over artikel 2014: Salomons, A.F., *De interpretatiegeschiedenis van artikel 2014 BW (1838-1945)* (1990), en: Brahn, O.K., De ontwikkeling van twee zakenrechtelijke bepalingen tussen 1842 en 1988, in: *146 jaar Burgerlijk Wetboek* (1989), p. 49-60.

32. HR 26 januari 1990, *AB* 1990, nr. 408; *RvdW* 1990, 36; *NJ* 1991, 393.

33. Ik wijs hier op de volgende publicaties: Konijnenbelt, W., Publiek domein en privaatrecht, in: *Qui bene distinguit bene docet*, privaatrechtelijke opstellen aan S. Gerbrandy (1991); Tak, Publiek domein,

Een producent van meststoffen, Windmill Holland BV, loost afvalstoffen op de Nieuwe Waterweg. Windmill is in het bezit van de vereiste vergunningen krachtens (onder andere) de Wet Verontreiniging Oppervlaktewateren (WVO). Voor Windmills lozingen kan een heffing worden opgelegd op grond van een publiekrechtelijke regeling, de WVO. Niettemin eist de overheid als *eigenaar* van de Nieuwe Waterweg, op grond van een aan Windmill verstrekte *privaatrechtelijke vergunning*, een vergoeding. Laatstgenoemde vergunning wordt met ingang van 1 januari 1980 ingetrokken en de staat is slechts bereid een nieuwe 'privaatrechtelijke vergunning' af te geven indien Windmill voor de lozingen een veel hogere vergoeding zal betalen. Windmill weigert dit, de staat vordert voor de rechtbank een verbod tot lozing zolang geen nieuwe overeenkomst tot stand is gekomen. Zowel rechtbank als, in hoger beroep, hof wijzen deze vordering af. De staat gaat in cassatie en de Hoge Raad overweegt dan dat een overheid

'ingeval haar bij een publiekrechtelijke regeling ter behartiging van zekere belangen bepaalde bevoegdheden zijn toegekend, die belangen ook mag behartigen door gebruik te maken van haar in beginsel krachtens het privaatrecht toekomende bevoegdheden, zoals aan het eigendomsrecht ontleende bevoegdheden, de bevoegdheid overeenkomsten naar burgerlijk recht te sluiten of de bevoegdheid een vordering op grond van een jegens haar gepleegde onrechtmatige daad bij de burgerlijke rechter in te stellen. Wanneer de betrokken publiekrechtelijke regeling daarin niet voorziet, is voor de beantwoording van deze vraag beslissend of gebruik van de privaatrechtelijke bevoegdheden die regeling op onaanvaardbare wijze doorkruist.'

De Hoge Raad gaat er dus vanuit dat gebruik van het privaatrecht door de overheid in beginsel mogelijk is, zelfs indien zij gebruik kan maken van een publiekrechtelijke regeling. In het bovenstaand arrest werd door de overheid een beroep op haar eigendomsrecht gedaan. Zij zou eigenaar zijn van de Nieuwe Waterweg, en zich kunnen beroepen op rechten, ontleend aan dit privaatrechtelijk eigendomsrecht. Voor een bepaalde categorie zaken die aan de overheid toebehoren, valt over toekenning van dit eigendomsrecht aan de overheid wel één en ander te zeggen. Die categorie zaken betreft het zogenaamde publiek domein, zaken met een openbare, een publieke bestemming, zoals (water)wegen en markten, maar ook kunstvoorwerpen of defensiewerken³⁴. Het

33.→

overheidscontract en rechterlijke wetshandhaving, *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 90/9, p. 265; Van Maanen, G.E., Publiek domein en twee-wegenleer, *Recht en kritiek* 16 (1990) 3, p. 198; dezelfde, Van de vogelen des hemels en de stranden der zee, *WPNR* 6074 (1992), p. 970-977, die een meer publiekrechtelijk eigendomsconcept construeert op publiek domein. Voorts Teunissen, J.M.H.F., en A.Q.C. Tak, Recht ist was der Umwelt nützt, *Nederlands Juristenblad* 1994, 18, p. 605-617, en een reactie daarop van Van der Veen, *Nederlands Juristenblad* 1994, 29, p. 1008-1010; Tak, A.Q.C., en J.M.H.F. Teunissen, 'Een ieder neemt voldoende zorg voor het milieu in acht'. Wie zorgt er voor de rechtsstaat? Een voortgezet debat. *Recht en Kritiek* 20 (1994) 4, p. 340-354. Zie tevens het fraaie proefschrift van Teunissen, J.M.H.F., *Het burgerlijk klee van de Staat* (1996), met name hoofdstuk 3, die een fundamenteel bezwaar heeft tegen gebruik van privaatrecht door de overheid; zie p. 317 ev.

34. Zie voor een overzicht van de indeling van de typen van eigendom en voorbeelden daarbij Van Maanen, G.E., Publiek domein en twee-wegenleer, *Recht en kritiek* 16 (1990) 3, p. 202, en Van Maanen,

is het privaatrechtelijk eigendomsbegrip dat zich minder goed verdraagt met die openbare bestemming. Wat houdt dit privaatrechtelijk eigendomsbegrip in?

De karakteristieken van privaatrechtelijke eigendom zijn bekend: uit artikel 5 lid 1 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek is duidelijk dat sprake is van het meest omvattende recht³⁵. Tevens wordt in het tweede lid een gebruiksrecht omschreven, terwijl een ieder van dat gebruik uitgesloten kan worden³⁶. Voor die zaken die een openbare bestemming³⁷ hebben en aan de overheid behoren (publiek domein), spreekt deze toekenning van privaatrechtelijke eigendom wat minder voor zich. De algemene kenmerken die aan privaatrechtelijke eigendom worden gegeven, en dan met name de mogelijkheid van uitsluiting van gebruik, zijn in geval van een openbare bestemming nauwelijks meer van toepassing. De meningsverschillen werden, en worden nog immer, veroorzaakt door de lastige samen te voegen begrippen 'private eigendom' en 'openbare bestemming.' Korthedshalve kunnen in de discussie twee standpunten onderscheiden worden; een standpunt waarbij publiek domein vanuit een publiekrechtelijk uitgangspunt wordt beschouwd en een standpunt waarbij publiek domein uiteindelijk op een privaatrechtelijke wijze wordt gezien. In het eerstgenoemde standpunt zou er sprake zijn van twee soorten eigendom, een privaatrechtelijk eigendom dat ook aan de overheid kan toekomen wanneer geen sprake is van publiek domein³⁸ en een publiekrechtelijke eigendom in ieder geval bij publiek domein. In het laatstgenoemde, privaatrechtelijk standpunt, zoals bijvoorbeeld door de Hoge Raad in het besproken Windmill-arrest werd

34.→

G.E., (1992) p. 972. Brahn merkt terecht op dat het hebben van een 'openbare bestemming' nog niet wil zeggen 'openstaan tot algemeen gebruik.' Dit kan zo zijn, bijvoorbeeld bij een openbare weg, doch hoeft zeker niet, bijvoorbeeld bij defensiewerken. Pitlo-Brahn, 1987, p. 45.

35. Artikel 5:1 lid 1. Eigendom is het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben. 2. Het staat de eigenaar met uitsluiting van een ieder vrij van de zaak gebruik te maken, mits dit gebruik niet strijdt met rechten van anderen en de op wettelijke voorschriften en regels van ongeschreven recht gegronde beperkingen daarbij in acht worden genomen.

36. Zie onder meer Van Den Bergh, G.C.J.J., *Eigendom. Grepen uit de geschiedenis van een omstreden begrip* (2e druk 1988), p. 34, die spreekt over *totaliteit* (één soort eigendom), *abstractheid* (begrip is niet concreet te omschrijven) en *absoluutheid* (binnen grenzen van de wet onbeperkte beschikking-smacht door de eigenaar en uitsluiting van anderen); Van Maanen, G.E., *Eigendomsschijnbewegingen. Juridische, historische en politiek-filosofische opmerkingen over eigendom* (1987), met name hoofdstuk 3 § 4.B.

37. Verschillende termen voor die openbare bestemming worden gebruikt: niet alleen 'openbare bestemming', maar ook 'ten algemenen nutte', of: 'in publico usu', in alle gevallen wordt er hetzelfde mee uitgedrukt.

38. Anders Teunissen, J.H.M.F., (1996), p. 323: onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht zou alle zin verliezen als aanvaard zou worden dat de overheid 'bij haar optreden in burgerrechtelijke hoedanigheid ineens zou beschikken over een 'absolute Vollhandlungsfähigkeit' die eveneens ter behartiging van algemene belangen wordt aangewend.'

verwoord, zou slechts van één soort eigendom sprake zijn: de privaatrechtelijke zoals in het BW is verwoord³⁹.

Aldus weergegeven lijkt de kwestie overzichtelijk, maar met de wetteksten uit het oude BW ernaast treden complicaties op. In het Burgerlijk Wetboek van 1838 is sprake van drie soorten bepalingen die voor de discussie van belang zijn. In de eerste plaats is daar de bepaling over de privaatrechtelijke eigendom.

Art.625. Eigendom is het regt om van eene zaak het vrij genot te hebben en daarover op de volstrektste wijze te beschikken, mits men er geen gebruik van make strijdende tegen de wetten of de openbare verordeningen, daargesteld door zoodanige magt, die daartoe, volgens de Grondwet, de bevoegdheid heeft, en mits men aan de regten van anderen geen hinder toebrengt; alles behoudens onteigening ten algemeenen nutte tegen behoorlijke schadeloosstelling, ingevolge de Grondwet.

Dan zijn er in de tweede plaats bepalingen die handelen over ‘zaken’, te weten enkele algemene bepalingen en bepalingen die concretiseren aan wie die zaken toebehoren.

Art.555. De wet verstaat door zaken alle goederen en regten welke het voorwerp van eigendom kunnen zijn.

Art.575. Er zijn zaken die aan niemand toebehooren; de overige zijn het eigendom of van den staat, of van gemeenschappen, of van bijzondere personen.

Art.576. Gronderven en andere onroerende zaken die onbeheerd zijn en geenen eigenaar hebben, gelijk mede de zaken van dengenen die zonder eigenaar overleden is, behooren aan den staat.

Art.577. Insgelijks behooren aan den staat de wegen en straten welke te zijnen laste zijn, de stranden der zee, de bevaarbare en vlotbare stroomen en rivieren met hunnen oevers, de groote en kleine eilanden en de platen welke in die wateren opkomen, gelijk ook de havens en reeden; onverminderd de door titel of bezit verkregen regten van bijzondere personen of gemeenschappen.

In de derde plaats is er een categorie bepalingen over ‘zaken buiten de handel.’

Art.593. Zaken welke niet in den handel zijn, kunnen geen voorwerp van bezit opleveren.

Art.1210. Voor hypotheek zijn alleen vatbaar: 1°. Onroerende goederen welke in den handel zijn, met derzelver toebehoren, voor zover dat laatste als onroerend goed beschouwd wordt. (.....)

Art.1368. Zaken welke in den handel zijn kunnen alleenlijk het onderwerp van overeenkomsten uitmaken.

39. Zie ook Milo, M., Publiek domein in de negentiende eeuw. Een discussie in gescheiden circuits. *Recht en Kritiek* 21 (1995) 2, met name p. 168-172.

Art.1480. In geval de zekere en bepaalde zaak, welke het onderwerp der overeenkomst uitmaakte, vergaat, buiten den handel der menschen geraakt, (...) vervalt de verbindtenis (...).

Art.1481. Indien de verschuldigde zaak zonder toedoen van den schuldenaar (...) buiten den handel der menschen geraakt (...) is, is de schuldenaar gehouden, ingeval hij eenige regten of vorderingen tot schadevergoeding betrekkelijk deze zaak heeft, die aan zijnen schuldeischer af te staan.

Art.1779. Al hetgeen tot den handel der menschen behoort, en niet door het gebruik verloren gaat, kan het onderwerp dezer overeenkomst zijn.

Art.1990. Men kan door verjaring den eigendom niet verkrijgen van zaken die buiten den handel zijn.

In artikel 577 zijn enkele zaken met een openbare bestemming weergegeven die aan de staat behoren: publiek domein. De opsomming in dit artikel van zaken met een openbare bestemming is niet limitatief. Wat moeten we nu aan met de bepalingen over zaken buiten de handel, welke zaken vallen er onder? In Pitlo-Brahn wordt gesteld dat de vraag, of ons recht twee soorten van eigendom erkent, een publiekrechtelijke en een privaatrechtelijke, gewoonlijk tot uiting komt in de vraag, of ons recht zaken buiten de handel kent⁴⁰. Met deze stelling wordt vooralsnog de verhouding tussen publiek domein en de bepalingen over zaken buiten de handel voldoende geschetst. Pitlo/Brahn geeft slechts één van de gangbare meningen, een mening waarbij beide begrippen, 'publiekrechtelijke eigendom' en 'zaken buiten de handel,' als synoniem worden voorgesteld. De genoemde categorieën bepalingen spelen bij elk ingenomen standpunt een rol. De theorie van de Franse jurist Proudhon over 'domaine public' werd bij ons te lande rond 1850 geïntroduceerd, en zette de toon voor de discussie.

§ 5. De relativiteit van de onrechtmatige daad

A. INTRODUCTIE

In het Burgerlijk Wetboek wordt in artikel 6:163 het vereiste van de relativiteit van de onrechtmatige daad weergegeven. Niet in alle gevallen van normschending zal de pleger van een onrechtmatige daad gehouden zijn tot schadevergoeding, want, stelt dit artikel:

Geen verplichting tot schadevergoeding bestaat, wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden.

Er dient dus een zeker verband te bestaan tussen de onrechtmatige daad en de schade door de benadeelde geleden. Het vereiste van de relativiteit kent, behalve de genoemde 'schade' nog een andere component: ook dient sprake te zijn van een onrechtmatige daad *jegens een ander*. Dit 'persoonlijke' deel van de relativiteitsleer treffen we aan in

40. Pitlo-Brahn, (1987), p. 45.

het eerste lid van artikel 6:162. Met de opname van dit relativiteitsbeginsel in de nieuwe wetgeving is de rechtspraak van de Hoge Raad gevolgd. Sinds de late jaren twintig heeft de Hoge Raad steeds de eis gesteld dat een onrechtmatige daad óók onrechtmatig dient te zijn *jegens de benadeelde*, en dat het geschade belang ook door de geschonden norm moet worden beschermd⁴¹. Aldus wordt een beperking aangebracht op de aansprakelijkheid voor de toegebrachte schade⁴². Van Geleijn Vitringa heeft dit vereiste in Nederland geïntroduceerd: niet alleen als raadsheer in de Hoge Raad in het aanstonds te bespreken arrest uit 1928 Marchant et 'd Ansembourg, maar reeds negen jaren eerder, terloops, in een artikel in het *Rechtsgeleerd Magazijn*, waarbij hij de aandacht vestigde op een bepaling in het Duitse BGB⁴³.

De eis van de relativiteit heeft met name concrete betekenis gekregen door de recente toepassingen bij aansprakelijkheid voor milieuverontreiniging. In het arrest Staat-Amersfoort⁴⁴, dat handelde over het kostenverhaal van bodemsanering door de overheid op de vervuiler, stonden voor de overheid twee mogelijkheden open om de gemaakte kosten te verhalen. In de eerste plaats was daar voor de overheid de weg van de onrechtmatige daad uit het Burgerlijk Wetboek. Wil deze vordering toegewezen kunnen worden, dan zal ook aan het vereiste van de relativiteit voldaan moeten zijn. Met andere woorden: de verontreiniging moet dan onrechtmatig geweest zijn jegens de overheid. In de tweede plaats bestond een op bodemverontreiniging toegesneden regeling. In die regeling (art. 21 Interimwet Bodemsanering, later art. 75 Wet Bodembescherming), zo was het standpunt van de overheid, zou dit relativiteitsvereiste voor onrechtmatige verontreiniging niet worden gesteld. Deze opvatting werd door de Hoge Raad weersproken, waarmee aangesloten werd bij de geldende vereisten voor onrechtmatige daad, waaronder de relativiteit:

'Nu de wetsgeschiedenis (...) geen ondubbelzinnige aanwijzingen geeft voor de door de Staat verdedigde opvatting dat art. 21 ertoe strekt mede ter zake van dergelijke bodemverontreiniging aansprakelijkheid te vestigen zonder dat aan alle, destijds voor aansprakelijkheid op grond van artikel 1401 BW geldende vereisten is voldaan en nu ook in de tekst van art. 21 daarvoor geen steun is te vinden, moet die opvatting van de hand worden gewezen.'⁴⁵

41. HR 25 mei 1928, *NJ* 1928, 1688 m.n. E.M.M.

42. Zie *Asser-Hartkamp III* (1994), nr. 95.

43. Van Geleijn Vitringa, J., Openbaarheid van den weg en burgerlijk recht, *Rechtsgeleerd Magazijn* 1919, p. 29. Zie hoofdstuk 6 § 5.A voor § 823. Zie voorts Lankhorst, G.H., *De relativiteit van de onrechtmatige daad* (1992), p. 11.

44. HR 9 februari 1990, *NJ* 1991, 462.

45. HR 9 februari 1990, *NJ* 1991, 462; onder r.o. 3.1.4. Om aan dit vereiste te voldoen dient de overheid 'ten tijde van het veroorzaken van de verontreiniging zich dat saneringsbelang reeds aantrok, dan wel voor de veroorzaker voldoende duidelijk was of behoorde te zijn dat zij zich dat belang zou gaan aantrekken. (r.o. 3.2.). Zie hierover de noot van Brunner onder het arrest. Een nadere invulling van dit criterium heeft is gegeven bij arrest van de Hoge Raad van 24 april 1992, *NJ* 1993, 643 (Staat/Van Wijngaarden). De Staat zou zich het saneringsbelang van bedrijfsterreinen zijn gaan aantrekken vanaf 1 januari 1975; zie ook de in *Asser-Hartkamp III* (1994), onder nr. 98 genoemde literatuur.

B. DE ACCEPTATIE VAN DE RELATIVITEIT IN DE RECHTSPRAAK

Het arrest Marchant et d'Ansembourg uit 1928 wordt als begin gezien van het relativiteitsvereiste in het Nederlandse recht⁴⁶. In dit arrest werd dit vereiste nog niet echt expliciet onder woorden gebracht. De Hoge Raad bereikte een vergelijkbare uitkomst op een dogmatisch iets afwijkende wijze. Blijkbaar kan ook op andere wijzen een oplossing worden geboden voor het door dit relativiteitsvereiste aangesproken probleem.

Enkele percelen land van de eisende partij, de graaf de Marchant et d'Ansembourg, waren door de staat aangewezen ter onteigening, in verband met een mogelijke exploitatie van steenkoolmijnen. Aan die aanwijzing mankeerde echter een formeel vereiste. Een aantal jaren na die aanwijzing bleken de exploitatieplannen niet door te gaan. Door de aanwijzing was d'Ansembourgs land in waarde gedaald en door de graaf nog slechts tegen lage prijzen te verhuren. D'Ansembourg stelde daardoor een schade geleden te hebben van f 450.000,-, en spreekt de staat aan met een vordering uit onrechtmatige daad. De onrechtmatigheid was volgens d'Ansembourg gelegen in de boven reeds kort aangeduide formele onregelmatigheid: de ter inzagelegging van de onteigeningsplannen had in strijd met artikel 12 Onteigeningswet niet plaatsgevonden. Over dit standpunt zegt de Hoge Raad:

'dat eischers echter ten onrechte in aanwijzing ter onteigening, zonder voorafgaande naleving van art. 12 der Onteigeningswet een onrechtmatige daad in den zin van art. 1401 BW zien; dat toch de strekking van art. 12 der Onteigeningswet niet is om den eigenaar te beschermen tegen nadeelen, die mochten voortvloeien uit de aanwijzing van zijn goed ter onteigening, doch de bij dat artikel voorgeschreven ter inzagelegging slechts is een van de waarborgen, waarmede de wet de uitoefening van het recht tot onteigenen heeft omkleed, teneinde de eigenaar te beschermen tegen ongerechtvaardigde ontzetting uit zijn eigendom, wat medebrengt dat de werking van dit voorschrift zich beperkt tot die bescherming, zoodat niet-naleving daarvan geen ander rechtsgevolg kan hebben dan dat nu aan den eigenaar zijn goed niet kan worden ontnomen;'

Wordt hier nu het vereiste van de relativiteit gesteld? Daarover kunnen de meningen verschillen⁴⁷. De bewoordingen die de Hoge Raad gebruikt lijken sterk op de bewoordingen die in artikel 6:163 BW worden gebruikt. Met evenveel recht zou echter verdedigd kunnen worden dat de uitspraak een enge interpretatie van artikel 12 Onteigeningswet geeft. Deze beperkte uitleg heeft dan hetzelfde uiteindelijke gevolg als een toepassing van een relativiteitsvereiste gehad zou hebben: geen verplichting tot schadevergoeding ontstaat. Hoe dit alles ook zij, in een reeks latere arresten zal de

46. HR 25 mei 1928, *NJ* 1928, 1688; zie bijvoorbeeld Lankhorst, G.H., (1992), p. 20; Van Maanen, G.E., *Onrechtmatige daad* (1986), p. 196; *Asser-Hartkamp III* (1994), nr. 95.

47. Zie *Asser-Hartkamp III* (1994), nr. 95; meer terughoudend: Hartlief, T. en G.E. van Maanen, *Hoe werkt de onrechtmatige daad of het paard van de professor en andere aangrijpende verhalen* (1995), p. 27.

Hoge Raad steeds kiezen voor de toepassing van het relativiteitsvereiste als afzonderlijk criterium⁴⁸.

In het arrest volgt de Hoge Raad niet de conclusie van de AG Besier, die in de traditionele vereisten (onrechtmatigheid, schuld, schade en causaal verband) de oplossing voor de gestelde casus zag⁴⁹. De Hoge Raad blijft in zijn uitspraken deze relativiteitsleer voorstaan, ondanks gezaghebbende tegenstanders in de literatuur van de jaren dertig. In die literatuur kunnen verschillende stromingen worden onderscheiden. Allereerst zijn daar de voorstanders van de nieuwe theorie, waarvan met name Van Geleijn Vitringa, Telders, en Langemeijer genoemd moeten worden⁵⁰. Daarnaast is er een omvangrijke groep tegenstanders van het nieuwe vereiste. Zij kunnen in drie groepen ingedeeld worden. In de eerste plaats diegenen die om principiële redenen de absolute onrechtmatigheid voorstaan: Meijers en Scholten. Een tweede stroming ziet een mogelijk alternatief in de causaliteit: Wolfsbergen, Wertheim, Fruin, van Nispen tot Sevenaer, en de Haan. Een derde groep, Vigelius, Kist en Smits, meent dat met gebruikmaking van het schuldvereiste hetzelfde resultaat bereikt zal kunnen worden⁵¹. Zoals gezegd, zijn er meer constructies dan de relativiteitsleer om de onrechtmatigheid te relativiseren zodat geen aansprakelijkheid ontstaat⁵².

§ 6. Uitleiding

Vier onderwerpen zijn aan de orde geweest. De achtergrond van de relativiteit van de onrechtmatige daad is een andere dan die van de overige behandelde onderwerpen. In de eerste plaats is de herkomst van het leerstuk niet terug te voeren naar de Code civil, maar naar de Duitse wetgeving en in de tweede plaats is de aanvang van dit onderwerp in de Nederlandse privaatrechtswetenschap veel later dan die van de andere behandelde onderwerpen. Dat maakt dat dit onderwerp eerst vanaf hoofdstuk 6 zal worden behandeld. In het volgende hoofdstuk vangen wij aan met de vaststelling van de betekenissen van de onderwerpen en de wettelijke bepalingen in 1838 als uitgangspunt voor de komende discussie. Bij die vaststelling zal een bestudering van het Romeinse, maar vooral het Franse recht noodzakelijk blijken. Nu de vier onderwerpen en tevens de wetsartikelen waarop zij zijn gegrond in kaart gebracht zijn, kan worden vervolgd met

48. Voor een overzicht van rechtspraak, Onrechtmatige daad I (Van Maanen), artikel 6: 163, aantekening 8 ev. (juni 1996).

49. Zie onder hoofdstuk 6 § 5.D.2.

50. Zie Van Maanen, G.E., (1986), p. 197 en Lankhorst, G.H., (1992), p. 23.

51. Zie ook: Van Maanen, G.E., (1986), p. 196-199. Ook iets afwijkende kwalificaties zijn gebruikt. Zo spreekt Lankhorst over de relativiteit van de schuld, en de relativiteit van de causaliteit. Lankhorst, G.H., (1992), p. 49-74.

52. Zie Lankhorst, G.H., (1992), p. 49; Hartlief, T., en Van Maanen, G.E., (1995), p. 21, die spreken over een *nadere toetsing*: indien een norm is geschonden moet nog geconcludeerd kunnen worden dat het gedrag van degene die de norm overtrad laakbaar geweest is.

het eigenlijke onderzoek. Daarvoor keren wij terug in de tijd en hervinden ons in 1838 ten tijde van de invoering van het Burgerlijk Wetboek.

De tekst van het BW als uitgangspunt: 1838

In dit hoofdstuk moet de eerste betekenis (in 1838) van de behandelde onderwerpen worden vastgesteld. Om dat met vrucht te kunnen doen, ga ik in op de behandeling door de wetgever van de verschillende onderwerpen, maar tevens op het Franse en het Romeinse recht. Achtereenvolgens behandel ik de totstandkoming van het Burgerlijk Wetboek 1838 (§ 1) en de gevolgen van deze codificatie voor het gebruik van Frans en Romeins recht in de Nederlandse rechtswetenschap (§ 2 en § 3). § 4 geeft een eerste interpretatie van de onderwerpen.

§ 1. De totstandkoming van het Burgerlijk Wetboek 1838

De totstandkoming van het Burgerlijk Wetboek 1838 heeft nogal wat voeten in de aarde gehad. Nadat in 1813 de Nederlandse soevereiniteit was hersteld, werd besloten tot een nieuwe Nederlandse privaatrechtelijke wetgeving. Onder meer in de Grondwet 1814 werd dit met zoveel woorden vastgelegd⁵³. De Code civil, van kracht sedert 1811, zou dus slechts zo lang behouden worden als voor de vervaardiging van die nieuwe privaatrechtelijke wetgeving noodzakelijk was. De gedachte was een Nederlandse wetgeving te vervaardigen, gebaseerd op het oude Nederlandse recht⁵⁴, en vlot volgde in 1816 het eerste ontwerp van Kemper⁵⁵. Nadat dit ontwerp geen genade bleek te kunnen vinden in de ogen van Belgische juristen aan wie dit ter beoordeling werd voorgelegd⁵⁶, zette Kemper zich aan een volgend ontwerp. Een van de voorstellen van de Belgische juristen was echter geweest dat juist de Code civil als basis voor een nieuw

53. Voorduin, J.C., deel 1 (1837), p. 10; zie voor een beschrijving ook: Scholten, P., *Algemeen Deel* (2e druk 1934), p. 231; Florijn, E.O.H.P., *Ontstaan en ontwikkeling van het nieuwe Burgerlijk wetboek* (1994), p. 9; zie ook Pitlo, A., (1990), p. 48.

54. Voorduin, J.C., deel 1 (1837), p. 11.

55. Voorduin, J.C., deel 1 (1837) p. 40.

56. Voorduin, J.C., deel 1 (1837), p. 72 ev.; zie daarover ook Van Caenegem, R.C., *Geschiedkundige inleiding tot het privaatrecht* (1981), p. 132.

wetboek genomen zou behoren te worden⁵⁷. Als uitgangspunt voor het Ontwerp 1820 was het Ontwerp 1816 genomen. Kempers inspanningen bleken vruchteloos: ook het Ontwerp 1820 zou geen wet worden. Het werd door het parlement niet aangenomen⁵⁸. 'Noodellooze omslag, herhalingen en langwijligheid' lagen aan die afwijzing onder meer ten grondslag⁵⁹. Ten slotte zou het Burgerlijk Wetboek totstandkomen in de jaren 1822-1826, waarbij vooral de Franse Code civil werd gevolgd⁶⁰. De bijdragen van dezelfde Belgische juristen-kamerleden die de voorgaande ontwerpen hadden verworpen waren het meest invloedrijk. De invoering van het in 1829 afgeronde wetboek zou plaatsvinden in 1831, doch de afscheiding van België maakte uitstel noodzakelijk⁶¹. Dit betekende nu echter geen afstel, want na het aanbrengen van enkele slechts geringe wijzigingen werd in 1838 ons Nederlandse Burgerlijk Wetboek ingevoerd.

Wat was de betekenis van de invoering van het Burgerlijk Wetboek voor het gebruik van het Franse en het Romeinse recht? Moet het jaar 1838 voor de Nederlandse privaatrechtswetenschap als een scheiding worden gezien zoals in hoofdstuk 1 § 1 aan de orde is gesteld? De vraag kan slechts ten dele bevestigend worden beantwoord. Voor 1838 waren immers reeds andere, nationaal geldende, privaatrechtelijke codificaties van kracht geweest, te weten het *Wetboek Napoléon, ingerigt voor het Koninkrijk Holland*, en de Code civil. Aan de gelding van het Romeinse recht was reeds in 1809 bij wet een einde gemaakt. Had het Romeinse recht in het geheel geen betekenis meer in de beoefening van het Nederlandse privaatrecht sinds 1809? Daarvan was geen sprake (§ 2). De Franse Code civil had in 1838 nog een grote betekenis in de Nederlandse privaatrechtswetenschap (§ 3). Zowel het Franse als het Romeinse recht blijkt noodzakelijk voor de eerste interpretatie van de onderwerpen (§ 4).

57. Voorduin, J.C., deel 1 (1837), p. 82.

58. Voorduin, J.C., deel 1 (1837), p. 250-251 en 266-267.

59. Zie Florijn, E.O.H.P., (1994), p. 18.

60. Voorduin, J.C., deel 1 (1837), p. 277-278.

61. Zie Lokin, J.H.A., en W.J. Zwolve, (1992), p. 287; zie ook Lokin, J.H.A., De invoering van het BW in het Hertogdom Limburg op 1 januari 1842, in: *146 jaar Burgerlijk Wetboek. Het jubileum van het 150-jarig Wetboek en zijn invoering in het Hertogdom Limburg op 1 januari 1842*, p. 15-28; ook verschenen in Lokin, J.H.A., *Tekst en Uitleg* (1994), p. 99-110. Over de visie van de Noord-Nederlandse parlementariërs vlak na de afscheiding van België, op de bijdragen van de voormalige Belgische leden van het parlement verdient aanbeveling het veel aangehaalde citaat van Asser in diens *Het Nederlandsch Burgerlijk Wetboek, vergeleken met het Wetboek Napoleon* (2e druk, 1838), inleiding, p. 3; zo ook een vergelijkbare passage uit de behandeling in het parlement als weergegeven bij Voorduin, J.C., (1837), p. 366 ev., ook weergegeven bij Lokin, J.H.A., en W.J. Zwolve, (1992), p. 288.

§ 2. Het BW van 1838 en het Romeinse recht

A. HET GEMENE RECHT EN DE NATIONALE CODIFICATIE

Sinds de Pandekten van het *Corpus Juris Civilis* in de twaalfde eeuw opnieuw waren ontsloten, kon het Romeinse recht het recht worden waarmee juristen in geheel Europa werkten⁶². Over geheel Europa ontstond een juristenstand, geschoold in eigentijds⁶³ Romeins recht, die bovendien in staat was tot een onderlinge discussie door middel van een begrippenapparaat in een gemeenschappelijke taal⁶⁴. Met name aan de universiteiten was de positie van het Romeinse recht zeer overheersend. In de juridische praktijk was het van plaats tot plaats verschillende gewoonterecht echter evenzeer van belang, en de grote verscheidenheid daarvan was de in de praktijk werkzame jurist een doorn in het oog. Romeins recht bleef wel een subsidiaire werking houden: als gewoonterecht geen oplossing geeft, dan bevindt zich het Romeins recht als een vangnet daaronder⁶⁵. In de 17e en 18e eeuw verschijnt als Europees verschijnsel, naast het Romeinse recht, het natuurrecht⁶⁶. Onder invloed van de in die tijd heersende wetenschapsopvatting werd in de rechtswetenschap uitgegaan van de gedachte dat de rede, net zoals in de natuurwetenschappen, van tijd en plaats onafhankelijke, algemeen geldende rechtsregels zou kunnen vinden. Nimmer heeft het natuurrecht echter zo een positie kunnen verwerven als het Romeinse recht⁶⁷. Toch had het natuurrecht een beslissende betekenis in de jaren die zouden volgen. Wat was er aan de hand?

In de 18e eeuwse verlichting stond deze natuurrechtsgedachte aan de basis van de nationale codificaties van de vroege negentiende eeuw, de Code Civil, en ons Burgerlijk Wetboek. Een van de vruchten van het natuurrecht is de gedachte dat elk volk gebaat is bij een begrijpelijke, en dus in de eigen taal geschreven wetgeving⁶⁸. Deze gedachte

62. Men zie voor een uitgebreide beschrijving van de ontwikkeling van het Romeinse recht in Europa: Van den Bergh, G.C.J.J., (1994), p. 21 ev.; Koschaker, P., *Europa und das Römische recht* (1966), en dan met name p. 55 ev.; Lokin, J.H.A., (1994), p. 40 ev.; Wieacker, F., (1967), p. 97 ev.; Lokin, J.H.A., en W.J. Zwalve, (1992), p. 80 ev.

63. Het gemene recht moet dus niet gelijkgesteld worden aan Romeins recht, maar is het voor de eigen tijd door interpretatie geschikt gemaakte recht. Men zie hierover Van Den Bergh, G.C.J.J., *Eigendom. Grepen uit de geschiedenis van een omstreden begrip* (1988), p. 36.

64. Volgens Koschaker was dit tevens mogelijk omdat de ideeënwereld destijds niet een nationale, doch een universele was. Koschaker, P. (1966), p. 84 en p. 350-351.

65. Zie voor een beschrijving Lokin, J.H.A., en W.J. Zwalve, (1992), met name p. 255 ev. De mate waarin op het Romeinse recht een beroep gedaan werd verschilde in Nederland nogal van provincie tot provincie: waar in Friesland het Romeinse recht de boventoon voerde, werd in Drenthe veel minder vlot een beroep op het Romeinse recht gedaan. Zie Spruit, J.E., (1993), p. ix.

66. Van den Bergh, G.C.J.J., (1994), p. 72; Koschaker, P., (1966) p. 252. Over de vraag naar de verhouding tussen Romeins recht en natuurrecht aan de universiteit, zie: Jansen, C.J.H., *Natuurrecht of Romeins recht* (1987).

67. Van den Bergh, G.C.J.J., (1994), p. 74.

68. Van den Bergh, G.C.J.J., (1994), p. 86-91; Lokin, J.H.A., en W.J. Zwalve, (1992), p. 34 ev.

vond in de grote verscheidenheid aan gewoonterechten een vruchtbare bodem. De in de eigen taal geschreven codificaties betekenden het einde van een Europese rechtswetenschap, het Europese gemene recht. De codificaties worden door de nationale overheden uitgevaardigd en hebben exclusieve kracht, hetgeen zoveel wil zeggen dat een beroep op ander recht, buiten de codificaties niet vrijstaat. Het recht wordt in deze codificaties gevonden en zo dan wordt de jurist gebonden aan een nationale wetgeving. Het gemene recht, grotendeels Romeins recht, deels natuurrecht, zou daarmee een einde gevonden hebben. Voor Nederland kreeg deze afschaffing voor de eerste maal zijn beslag in 1809, en dit jaartal markeert dan ook het beginpunt van een rechtsstelsel dat formeel begrensd werd door de eigen nationale codificatie. Het recht wordt dan in het wetboek gevonden, een beroep op het subsidiaire Romeinse recht staat niet meer vrij. Niettemin betekent het jaar 1809 voor de wetenschap van het privaatrecht nu ook niet zo'n grote overgang. Met recht kan gezegd worden dat als er al een caesuur in de beoefening van de Nederlandse wetenschap van het privaatrecht is te onderkennen, dat deze dichter bij 1838 te vinden zal zijn dan bij 1809, en deze stelling wordt in het navolgende onderbouwd. De rol van het Romeinse recht was na 1838 nog niet uitgespeeld. Voor de uitleg van verschillende bepalingen is kennisname van dit recht vooralsnog onontbeerlijk.

B. DE BETEKENIS VAN HET ROMEINSE RECHT VOOR HET BURGERLIJK RECHT

In Nederland was het Burgerlijk Wetboek van 1838 niet de eerste nationale privaatrechtelijke codificatie. Immers, in de periode voor 1838 was de Code Civil van kracht. Dit wetboek gold vanaf 1811, en daarvoor was er nog het *Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koninkrijk Holland* dat in 1809 voor het eerst de band verbrak met de voorgaande tijd, waarin een beroep op het Romeinse recht gedaan kon worden omdat het gelding had. Niet minder dan drie keer is het Romeinse recht bij wet expliciet afgeschaft: de eerste maal in 1809, de tweede maal in 1811, en door een wet uit 1829, bij de invoering van het burgerlijk wetboek in 1838⁶⁹. Deze afschaffing was belangrijk voor de toepassing van rechtsregels in de praktijk; een beroep op Romeins recht als geldend recht was immers niet meer mogelijk. Dat was ook bij de grootste voorstanders van het Romeinse recht wel duidelijk. Maar dezelfde afschaffing bracht niet direct een ommekeer teweeg in de rechtswetenschap. Daarvoor was de positie van het Romeinse recht in de Nederlandse rechtswetenschap veel te belangrijk. Zo nam de studie van Romeins recht aan de Nederlandse universiteiten in de twintiger jaren van de negentiende eeuw nog meer tijd in beslag dan het onderwijs in het geldende recht, dat sinds 1811 was neergelegd in de Code civil⁷⁰. En ook de wetenschap, zo wordt duidelijk, hield zich in die tijd, waarin de Code civil in Nederland gold, meer bezig met het Romeinse recht, dan met het

69. Zie Kooiker, H., De overlevingskanalen van het romeinse recht na de codificatie, in: Jansen, C.J.H., E. Poortinga, T.J. Veen (red), *Twaalf bijdragen tot de studie van de rechtsgeschiedenis van de negentiende eeuw* (1993), p. 118 ev; Kooiker, H., *Lex scripta abrogata. De derde renaissance van het Romeinse recht* (1996).

70. Kop, P.C., *Legisme en privaatrechtswetenschap* (2e druk 1992) p. 23.

eigentijdse recht. Daarbij zal de verwachting dat Nederland binnen afzienbare tijd over een eigen, Nederlandse wetgeving beschikken zou, zeker een belangrijke rol meege-speeld hebben ⁷¹. Zeker, het Romeinse recht was afgeschaft en een moderne wetgeving was van kracht geworden. Dit realiseerde zich ook de vertaler en bewerker van een werk van de Duitse hoogleraar Hufeland ⁷², Warmolts. Het gebruik van het Romeinse recht moest daarom aangepast worden; *overbodig* was het zeker *niet* geworden.

Moderne codificaties, aldus Hufeland, bestaan uit twee soorten bepalingen: in de eerste plaats de 'stellige voorschriften des wetgevers', en hier kan de taak van de rechtsgeleerde niet een andere zijn dan het 'zuiver redekundig' afleiden van de verdere gevolgen van de regel. Het Romeinse recht kan bij dit soort bepalingen geen andere taak vervullen dan het lenigen van een strikt rechtshistorische belangstelling. Van veel groter belang is het grootste deel van het burgerlijke recht dat niet deze stellige voorschriften omvat, maar

'meer eigenlijk tot de wetenschap behoort. In dat gedeelte stelt het Romeinsche regt, hoezeer het, onder geen voorwendsel, daar waar het als wet is afgeschaft als wet moge opgedrongen worden, zich echter den Regtsgeleerden van beroep als model en voorbeeld ter navolging voor.' ⁷³

Aldus wordt door Hufeland, en in navolging van deze door zijn vertaler Warmolts, een tweedeling geschapen in het privaatrecht: aan de ene kant de stellige voorschriften, na een logische behandeling rijp om in een concreet geval toegepast te worden, aan de andere kant het wetenschappelijke deel van het privaatrecht. En juist in dat laatstgenoemde, en meest belangrijke deel blijft het gebruik van het Romeinse recht op de voorgrond aanwezig: in de rechtswetenschap. Hufeland:

'Daarom zijn het verlichte, in alle takken van menselijke kennis goed onderleide, door ondervinding opgeslepen Regtsgeleerden, die, in dit opzigt, de hoogste weldaad voor ieder land uitmaken: zonder deze, en waar hunne opleiding wordt verwaarloosd, blijft de beste wetgeving zielloos liggen, of wordt aan onkundigen toebetrouwd, een mes in kinderhanden! Ongelukkig die Staat, waar het achterdochtig despotisme letterknechten en formulierkramers schept, die, gelijk het alle verlichting vreezende Bestuur zulks wenscht, zich overal beklemnd en in het naauw gevoelen; maar heil der Regering, onder welke de Regtsgeleerde zich, naar alle zijden, mag vormen en beschaven, om op den duur, in de maatschappij, een' vrijen blik rondom zich te slaan, en niet tot dat getal te behooren, waarvan een groot wijsgeer zeide; dat ze gewoon zijn zich in boeien en banden te bewegen. De keus tusschen dit en dat, is geen oogenblik aan

71. Kop, P.C., (1992), p. 23-24.

72. Zie over Gottlieb Hufeland (1760-1817): Kleinheyer, G. en Schröder, *Deutsche juristen aus fünf Jahrhunderten* (1989), p. 344.

73. Hufeland, G., *Verhandeling over den eigenaardigen geest van het Romeinsche regt in het algemeen, en met betrekking tot de hedendaagse wetgeving en regtsgeleerdheid*, door C.C.C. Warmolts (Leeuwarden, 1827), p. 44-45.

bedenking onderhevig; en wij, en ons nageslacht kunnen alleen dezer weldadige Regering en hare inrigtingen een goed harte toedragen.' ⁷⁴

Warmolts voegt na dit slot aan Hufelands betoog nog een geheel op Nederland toegesneden voetnoot toe. Ook hem, zo blijkt daaruit, is het juist te doen om de rechtsgeleerdheid en pas in de tweede plaats om de wetgeving. Teneinde deze keuze te legitimeren pleit hij voor een samensmelting van 'Wet en Regtsgeleerdheid':

'Gelukkig die Staat, waar wet en regtsgeleerdheid tot een geheel versmelten! waar de, eens uit een hoog wetenschappelijk standpunt bewerkte, Wetgeving aan hare zijde eene verlichte Regtskennis ziet gevestigd, die met de maatschappelijke beschaving gelijken tred houdt.' ⁷⁵

Wanneer Warmolts de enige geweest was die een dergelijke benadering proclameerde, dan was dit een wat smalle basis geweest om de vooraanstaande positie in de rechtswetenschap te kunnen concluderen. Er zijn echter meer, en meer bekende juristen die in deze periode eenzelfde mening voorstaan, zoals Den Tex, in diens *Encyclopaedia Jurisprudentiae*: het Romeinse recht was weliswaar afgeschaft, de moderne codificaties waren wel gebaseerd op dat Romeinse recht, dat daarom nog steeds het hoogste gezag had, *rationis auctoritate*, uit kracht van de rede ⁷⁶.

Het Romeinse recht had ook tijdens de periode van de Code civil een vooraanstaande positie in de rechtswetenschap tussen 1811 en 1838. Was het daadwerkelijke gebruik van het Romeinse recht in de wetenschap nu zo hoogstaand? Dat vonden sommigen wat later in de negentiende eeuw in ieder geval niet. Zo wordt over de bestudering van dit Romeinse recht in die periode later in de negentiende eeuw, in het volgende citaat een vernietigend oordeel geveld:

'En inmiddels heerste aan onze Academien schier volslagen duisternis. Terwijl in Frankrijk het practische regt met liefde, helderheid en verstandige scherpzinnigheid werd beoefend en in Duitsland de studie van het klassieke regt eene ongekeende vlugt nam, werd bij ons het eerste zoo goed als geheel verwaarloosd en bleef men, wat het laatste betreft, bijna zonder uitzonde-

74. Hufeland, G., (1827), p. 62.

75. Warmolts, C.C.C., in: Hufeland, G., (1827), noot 41, p. 103.

76. Den Tex, C.A., *Encyclopaedia Jurisprudentiae* (1839), p. 91: 'Ius Romanum hodieque in foris et Judiciis summa valet auctoritate, non quidem vi legis, sed rationis auctoritate.' Zie ook: *Nederlandsche Jaarboeken voor Rechtsgeleerdheid en Wetgeving* uit 1839, voorwoord, waarin enkele redenen voor een voortgaande studie van Romeins recht geschetst worden. Romeins recht is een hulpmiddel voor uitleg van het Nederlandse recht; het is een bron van nieuwe *Rechtsbegrippen en Wetsbepalingen*, maar eveneens een *op zich zelve staande wetenschap*, geschikt als grondslag van een rechtsgeleerde vorming. Zie ook Meijers, E.M., *VPO I*, p. 138; Lokin, J.H.A., De plaats van Meijers in de legistische traditie, in: *Tekst en uitleg* (1994), p. 147 ev.: 'Zonder veel ophef wijzigde de status van het Romeinse recht zich van *lex scripta* tot *ratio scripta*.'

ring bij Heineccius en Westenberg staan of vermaakte zich met te snuffelen in het corpus juris, gelijk kinderen schelpen zamelende aan het strand.⁷⁷

De wetenschap richt zich in die periode onder het Franse recht blijkbaar voornamelijk op het oude ius commune. Met een formele afschaffing van het Romeinse recht werden geen wonderen verricht. Zo eenvoudig kon het Romeinse recht, sedert eeuwen ten grondslag liggend aan de beoefening van het privaatrecht, geen halt worden toegevoerd. Daarvoor was wat meer nodig dan de formele ontkrachting en een Code civil: een flink deel van dat meerdere werd in 1838 door een eigen, Nederlandse codificatie geboden. Tezamen met de redenen die in de navolgende paragraaf 2.C worden gegeven voor de geringe wetenschappelijke aandacht in de periode 1811-1838 voor de Code civil, lijkt het aannemelijk dat de wetenschappelijke belangstelling voor het Romeinse recht eerst daadwerkelijk kon afnemen nadat het Burgerlijk Wetboek van 1838 kracht van wet verkreeg. Lang na 1838 heeft het Romeinse recht niet meer deze betekenis gehouden. Daarvan kon geen sprake zijn in een periode waarin steeds meer aan de tekst van de eigen, Nederlandse wetgeving werd gehecht. Veel stelliger zou een beroep op het Romeinse recht worden afgewezen om de formele reden, dat het was afgeschaft⁷⁸. Nog is de beoefening van het Romeinse recht op de voorgrond aanwezig, allengs zal het meer naar de achtergrond worden gedrongen. Wanneer het aantal verwijzingen naar Romeins recht in het tijdschrift *Themis* wordt beschouwd, dan blijkt dat dit aantal rond 1840 nog een kwart betreft van het totaal aantal verwijzingen, terwijl tegen het einde van de negentiende eeuw de verwijzingen naar Romeins recht nog slechts één-tiende bedragen van het totaal⁷⁹. Met bovenstaande is een caesuur geschetst rond 1838 met betrekking tot het gemene recht, een caesuur die echter bepaald niet zeer scherp te duiden valt. Van doorwerking van het Romeinse recht is zeker sprake.

§ 3. Het Franse recht in Nederland

Frankrijk exporteerde in 1811 zijn privaatrechtelijke wetgeving naar Nederland. Nederland werd immers, na een kortstondig bestaan als koninkrijk onder Lodewijk Napoleon, in 1810 ingelijfd bij het Franse Keizerrijk en vanaf 1 maart 1811 golden alle Franse wetten ook op het Nederlandse grondgebied. De Code civil was een van die wetten. En daarmee werd de basis gelegd voor het gebruik dat in de Nederlandse rechtswetenschap van de Code civil gemaakt is⁸⁰, de basis voor de eerste hernieuwde internationale oriëntatie van de Nederlandse jurist na 1838.

77. Kappeyne van de Coppello, bespreking van Goudsmit, J.E., *Pandekten-Systeem* (1866), *Themis* 1867, p. 467. Overigens werd deze situatie eveneens gesignaleerd door Van Apeldoorn in zijn bespreking van het *Gedenkboek Burgerlijk Wetboek in Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 1939, p. 77. Juist na de 17e en begin 18e eeuw is het peil van de rechtswetenschap in Nederland volgens hem belangrijk gedaald.

78. Zie hoofdstuk 4 § 4.B.

79. Zie bijlage I, en hoofdstuk 4 § 1.B.1. en hoofdstuk 4 § 5.

80. Zie bijvoorbeeld Scholten, P., (1934), p. 233.

Met de inwerkingtreding van de Code Civil verviel de rechtskracht van het *Wetboek Napoleon, ingerigt voor het Koninkrijk Holland*. Met deze eerste exclusief geldende Nederlandse codificatie is in de twee jaar dat zij van kracht is geweest in de praktijk weinig gewerkt⁸¹. Dat lijkt niet het geval geweest te zijn met de Code civil: de praktijk moest zich van deze wetgeving bedienen, daar dit immers de van kracht zijnde wetgeving was. Aan de universiteiten, in de rechtswetenschap lijkt de Franse wetgeving veel minder onderwerp van onderzoek geweest te zijn; het citaat van Kappeyne van de Coppello in § 2.B wees al in die richting. De geringe wetenschappelijke belangstelling voor de Nederlandse Code civil is vaker geconstateerd. Voor deze geringe belangstelling zijn een aantal verklaringen gegeven: in de eerste plaats nam de studie van het Romeinse recht nog een belangrijke plaats in; in de tweede plaats was er de verwachting dat Nederland binnen niet al te lange tijd een eigen codificatie zou hebben en in de derde plaats tenslotte, waren er door Franse juristen al omvangrijke commentaren geschreven op de Code civil, die in Nederland veel gebruikt werden⁸². Nederlandse juristen grepen veelvuldig terug op de voor het Franse recht geschreven commentaren⁸³. Hoe belangrijk werd het Franse recht voor de beoefening van het Nederlandse privaatrecht geacht ten tijde van de codificatie van 1838? Van dit belang wordt blijk gegeven in vele werken. Zo blijkt van de kennis die Nederlandse juristen hadden van de commentaren op de Franse Code in het voorwoord van De Pinto in zijn handboek, waarin deze stelt dat die betreffende werken in een ieders bezit behoren te zijn⁸⁴. En zo spreekt Asser de verwachting uit dat het gezag van het Franse recht na invoering van het BW in 1838 nog zeker een halve eeuw zal voortduren:

'Intusschen zoude het als een verregaand dwaalbegrip moeten aangemerkt worden, indien men vermeende, dat in het vervolg de Fransche wetgeving, alsmede de werken der schrijvers en de verzamelingen van gewijsden, welke tot uitlegging en opheldering van dezelve verstrekken, dadelijk buiten gebruik zullen geraken; want, gelijk wij zoo even aanvoerden, alle handelingen en aangelegenheden staan in een zoo naauw verband met de wetten, waaronder wij tot dus verre geleefd hebben, en zijn van derzelver geest als het ware zoodanig doordrongen, dat nog gedurende eenen geruime tijd die wetten steeds zullen voortgaan van eenen dagelijksche toepassing

81. Zie bijvoorbeeld Florijn, E.O.H.P., (1994), p. 14; zie ook Asser, C., (1838), p. II.
82. Deze commentaren werden ook in Brussel uitgegeven. Zie Kop, P.C., (1992), p. 24. De aandacht van de geschiedschrijving voor de periode tussen 1811 en 1838 gaat voornamelijk uit naar de vervaardiging van het Burgerlijk Wetboek. De wijze waarop door de Nederlandse rechtswetenschap met de Code civil is gewerkt, ontsnapt aan de aandacht.
83. Bijvoorbeeld: Toullier (1752-1835), hoogleraar te Rennes, wiens *Droit Civil Français* van 1808 tot aan 1838 in 20 delen verscheen, een commentaar dat nog de geest ademt van de voorgaande natuurrechtelijke periode; Duranton (1783-1866), *Cours de Droit Français*; Troplong (1795-1869), *Le Droit Civil expliqué suivant les articles du Code* schreef; Aubry (1803-1883) en Rau (1803-1877), die een op het handboek van Zachariae gebaseerd commentaar schreven: *Cours de Droit Civil Français*; Demolombe (1804-1887), *Cours de Code Napoléon*; Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, bekend gebleven om zijn polemische hand van schrijven; Laurent (1810-1887), *Principes de droit civil*. Bouckaert geeft een korte biografie van enkele van de genoemde juristen, Bouckaert, B., *De exegetische school* (1981), p. 51-63; zie ook Coing, H., (1989), p. 30 en Van Dievoet, (1943), p. 92 ev.
84. De Pinto, A., *Handleiding tot het Burgerlijk Wetboek*, deel 2 (1838), p. 5.

te zijn op de meeste geschillen, ja dat er wel eene halve eeuw en meer zal verlopen, eer dezelve hare kracht zullen verloren hebben.’⁸⁵

Ook door anderen wordt het belang van het Franse recht onderstreept. Aldus door Den Tex en Van Hall, die de *Nederlandsche zeden, behoeften en regt* wel voorop stellen bij de beoefening van het Nederlandse recht, maar tevens vermelden dat van de Franse wetgeving, van Merlin en Toullier evenzeer door de ‘jongelingschap’ kennis genomen moet worden⁸⁶. Bovendien worden de Franse commentaren als voorbeeld gebruikt bij de redactie van Nederlandse commentaren. Zo is het handboek van Lipman opgezet naar voorbeeld van de uitgave van de Franse wetboeken door Rogron⁸⁷. En De Martini hanteert in zijn *De Nederlandsche wetgeving* een vergelijking met het Franse recht die, zo zal blijken, exemplarisch is voor de omgang met het Franse recht vlak na 1838⁸⁸. Door deze bekendheid van de Nederlandse jurist met het Franse recht, wordt in de allereerste beschouwingen over de Nederlandse bepalingen vaak aangenomen dat de verschillende (vaak uiteenlopende) standpunten wel duidelijk zullen zijn. Deze worden dan niet vermeld, of er wordt slechts terloops naar verwezen. De behandeling bij Voorduin geeft dit goed weer: weinig wordt naar de verschillende Franse standpunten verwezen, in hoofdzaak wordt vermeld wat de twistpunten in een Nederlandse vertaling kunnen zijn; ook in De Pinto’s handboek valt op dat zelden verschil van mening over de uitleg van Franse bepalingen in de Franse privaatrechtswetenschap wordt geëxpliciteerd. Onder deze omstandigheden is het Franse privaatrecht, de Code civil des te meer onmisbaar om een uitleg van de Nederlandse bepalingen te kunnen geven.

§ 4. Een eerste interpretatie van de onderwerpen

A. AANSPRAKELIJKHEID VOOR ZAKEN

Het oude Burgerlijk Wetboek kende in 1838 een artikel dat een aansprakelijkheid voor zaken lijkt te omvatten: ‘Men is niet alleen verantwoordelijk voor de schade, welke men door zijne eigene daad veroorzaakt, maar ook voor die welke veroorzaakt is (.....) door zaken welke men onder zijn opzigt heeft,’ luidt artikel 1403 eerste lid, voor zover van toepassing. Aansprakelijkheid voor schade door zaken was echter, zo was in hoofdstuk 2 § 2.A uiteengezet, een ontwikkeling die in Nederland eerst sinds de tweede helft van de negentiende eeuw heeft plaatsgevonden. Toch wordt er over een ‘verantwoordelijkheid voor schade door zaken’ gesproken. Enige betekenis moet het dus hebben gehad. Maar welke betekenis was dat? Daarvoor gaan wij te rade bij de volgende bronnen: de

85. Asser, C., (1838), p. I-II.

86. Den Tex, C.A., en J. van Hall, *Nederlandsche jaarboeken voor rechtsgeleerdheid en wetgeving* (1839), p. vi.

87. Van Hasselt, W.J.C., *De Nederlandsche wetboeken met aantekeningen* (1843), p. v; Rogron, *Code Civil expliqué par ses motifs et par des exemples, avec la solution, sous chaque article* (6e druk, 1833).

88. De Martini, G.J., *De Nederlandsche wetgeving* (1840), p. 5-6. Zie ook hoofdstuk 4 § 1.

parlementaire geschiedenis, zoals weergegeven bij Voorduin; bij enige eerdere Nederlandse wetgeving of wetsontwerpen, en Franse commentaren op het Franse artikel 1384 uit de Code civil. Van enige controverse over de uitleg blijkt niet.

Voorduin wijdt aan de zinsnede geen woord⁸⁹. Blijkbaar sprak dit deel van het artikel voor de Nederlandse juristen voor zich. Welke betekenis lag dan zo voor de hand? Werd gedacht aan een aansprakelijkheid voor zaken *in het algemeen*, en aan een aansprakelijkheid waarvoor schuld hetzij niet vereist zou zijn, hetzij vermoed werd aanwezig te zijn? Van een zo verstrekkende benadering kan geen sprake zijn wanneer geen woord aan de uitleg van het artikel wordt gewijd. Een bepaling uit een voorafgaande wetgeving, het *Wetboek Napoleon ingericht voor het Koninkrijk Holland* maakt op een vrijwel identieke wijze melding van een aansprakelijkheid voor zaken.

Artikel 1315. Men is niet alleen verantwoordelijk voor de schade, welke men door zijn eigen daad veroorzaakt, maar ook voor die, welke veroorzaakt wordt door de daad van personen, voor welke men aansprakelijk is, of door zaken, welke men onder zijn opzicht of beheering heeft.

Vergroot het woord *beheering* de kring van aansprakelijkheid? Dat is niet zo. Er is niets anders mee bedoeld dan aan te geven of de zaak krachtens een persoonlijk recht of een zakelijk recht bij de verantwoordelijke berust. Zowel in de indeling van De Groot, maar ook in die van het *Ontwerp van het Burgerlijk Wetboek 1820* zijn dezelfde bewoordingen aan te treffen in juist die betekenis⁹⁰. Het zegt niets over de zaken waarover de bepaling zich uitstrekt (algemeen of slechts enkele) of over een vereiste van schuld, in welke betekenis dan ook. Asser vergeleek de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek met de overeenkomstige in de Code civil. In dit verband is zijn voorwoord interessant, waarbij hij de lezer voor een behandeling van *niet* door hem genoemde artikelen (zoals 1403), die blijkbaar niet (voldoende) afwijken van het Franse recht, verwijst naar de Franse discussie. Deze werkwijze wordt rond 1838 vaker aangetroffen in de Nederlandse rechtswetenschap. Ze maakt het zeer lastig om de standpunten van de artikelen te kunnen bepalen. Ze zal het in hoofdstuk 4 ook zeer lastig maken om de standpunten van de Nederlandse commentaren in de eerste periode na 1838 te achterhalen. Wetsgeschiedenis brengt ons niet verder. We zullen thans rechtstreeks de Franse commentaren op de Code civil raadplegen en aldus doen zoals Den Tex en Van Hall het de 'jongelingschap' van 1838 hadden aangeraden.

Het artikel uit de Code civil dat overeenkomt met ons oude artikel 1403 is 1384:

89. Voorduin, J.C., deel 5 (1838), p. 83.

90. De Groot, H., *Inleidinge tot de Hollandsche rechts-geleerdheid*, door F. Dovring, H.F.W.D. Fischer en E.M. Meijers (1952), I.1.8.; *Ontwerp van het Burgerlijk Wetboek voor het Koninkrijk der Nederlanden* (1820).

On est responsable non-seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde.

Deze bewoordingen verschijnen letterlijk vertaald in het Nederlandse artikel. Toullier schrijft over de in dit artikel genoemde 'choses' het volgende. Het verbod om onrechtmatige daden jegens anderen te plegen heeft niet alleen betrekking op door de pleger zelf in persoon begane daden, doch verplicht ook:

'de tenir toutes les choses qu'ils possèdent en tel état que personne n'en reçoive aucun dommage. C'est sous la condition de remplir ce devoir que la loi protège nos propriétés. On n'est donc pas seulement responsable du dommage causé par son propre fait, ou par celui des personnes dont on doit répondre, mais encore par les choses que l'on a sous sa garde.'⁹¹

Zoveel wordt duidelijk: volgens Toullier omvat artikel 1384 Cc een aansprakelijkheid voor zaken in het algemeen (*toutes les choses*), en bovendien is schuld wel degelijk een vereiste, als het ware besloten in het opzicht, *garde*: 'de tenir les choses qu'il possède en tel état...' In dit standpunt is er in de toepassing geen verschil met een aansprakelijkheid voor zaken die rechtstreeks onder een onrechtmatige handelen (1401 BW, 1382 Cc), of nalaten (1402 BW, 1383 Cc) wordt gebracht, en de zinsnede is dan strikt genomen een overbodige zinsnede. Zij bevestigt slechts, wat op grond van de algemene artikelen over de onrechtmatige daad al aangenomen mocht worden⁹². Daarover spreekt ook Toullier niet. In Toulliers uitleg, zo hebben we gezien, staan twee kwesties centraal. In de eerste plaats of 'zaken' (*choses*) betrekking heeft op alle zaken. In de tweede plaats of schuld (net als bij 1384 Cc en 1401 BW) een vereiste is. Deze twee kwesties, die door Toullier beide bevestigend beantwoord worden, kwamen al in hoofdstuk 2 § 2.A aan bod; de discussie zal in Nederland over beide kwesties worden gevoerd. Ook voor een eerste uitleg van artikel 1403 lijkt deze uitleg van Toullier het meest aannemelijk.

Is een ruime aansprakelijkheid voor zaken, gebaseerd op artikel 1403 een zeer onwaarschijnlijke uitleg? Nee. Aanzetten naar een aansprakelijkheid *buiten* schuld waren al bekend, zo was geconstateerd. Een in het verloop van de negentiende eeuw ontwikkelde

91. Toullier, C.B.M., *Le droit civil Français, suivant l'ordre du code*, deel 11 (3e druk, 1824), nr. 296, p. 348.

92. In de Franse Code civil luiden deze als volgt: Artikel 1382 Cc. Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer. Artikel 1383 Cc. Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou son imprudence.

Waarom zou niet gesproken worden over een eventuele overbodigheid van de zinsnede over zaken in artikel 1384 Cc? Bij Toullier zou daarvoor als verklaring kunnen dienen dat deze de zinsnede niet als overbodig beschouwde. Toullier stond nog sterk in een natuurrechtelijke traditie. Een codificatie moest in de landstaal geschreven zijn en voor ieder begrijpelijk zijn. Om die reden mag een codificatie wel wat langer van stof zijn.

aansprakelijkheid voor zaken komt dan ook niet uit de lucht vallen. Welke aanzetten kunnen er worden gevonden? Allereerst een enkele in het Romeinse recht. Dat stelsel kent een aansprakelijkheid van de bewoner van een gebouw voor uit dat gebouw geworpen objecten. Feenstra kenschetst deze Romeinsrechtelijke aansprakelijkheid als een belangrijk historisch aanknopingspunt voor risicoaansprakelijkheid⁹³. Daarnaast zijn er zowel in het Burgerlijk Wetboek, als in de Code civil enkele bepalingen die een aansprakelijkheid vestigen terwijl schuld niet expliciet als vereiste is gesteld. Te noemen zijn de aansprakelijkheid voor bijzondere categorieën zaken, gebouwen en dieren⁹⁴, en bovendien artikel 1403 zelf, waaruit een aansprakelijkheid kan ontstaan voor andere personen. Maar ook voor zaken in het algemeen was een mogelijkheid aangereikt. Dat was de mogelijke uitleg waarbij aan artikel 1403/1384 een, wat later genoemd zal worden, zelfstandige betekenis toekomt, waarbij het niet alleen verwijst naar de in de volgende artikelen genoemde dieren en gebouwen, maar naar zaken in het algemeen. Deze mogelijkheid wordt gegeven door Toullier, en ze zal ook in het Nederlandse recht worden gebruikt⁹⁵.

Daarmee is de stand van zaken in 1838 vormgegeven. Aan een aansprakelijkheid voor zaken was gedacht. Deze was immers in artikel 1403 lid 1 weergegeven. Daarbij ging het echter niet om een afwijkende aansprakelijkheid, waar bijvoorbeeld het louter onder 'opzigt' hebben voldoende zou zijn om aansprakelijkheid te vestigen. Daarvoor was meer nodig, zoals Toullier duidelijk maakte: eveneens moest aangetoond worden dat de opzichter onvoldoende had gezorgd dat de zaak verkeerde 'en tel état que personne n'en reçoive aucun dommage'. Tevens is nu duidelijk dat een aansprakelijkheid voor zaken 'buiten schuld' of een aansprakelijkheid voor zaken waarbij met een vermoeden van schuld wordt gewerkt geen heel grote stap hoeft te zijn. Er waren immers al voorbeelden bekend van kwalitatieve aansprakelijkheid (de eigenaar van een dier), en de tekst van de bepalingen over aansprakelijkheid voor zaken laat genoeg ruimte voor een dergelijke verandering van standpunt. Zowel het ontbreken van het woord 'schuld' als de aanwezigheid van het begrip 'opzigt,' laten die ruimte. Het ontbreken van schuld is aanleiding tot een interessante controverse tussen Diephuis en Opzoomer⁹⁶. Het tweede punt, het begrip 'opzigt' laat ruimte om schuld daarin reeds besloten te achten en zo eenvoudiger tot aansprakelijkheid te kunnen concluderen.

93. Feenstra, R., *Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands privaatrecht* (1990), p. 166. Zie ook Spruit, J.E., en K.E.M. Bongenaar, deel I, Instituuten (1993), 4, 5.

94. De Franse artikelen luiden als volgt: Artikel 1385 Cc. Le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fût sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou échappé. Artikel 1386 Cc. Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction. Zie voor de Nederlandse bepalingen hoofdstuk 2 § 2.A.

95. Zie de uitspraak inzake de Amsterdamse gasmaatschappij, hoofdstuk 2 § 2.B.

96. Zie hoofdstuk 6.

B. ARTIKEL 2014

‘Bezit geldt als volkomen titel’ is een parafrase van een zinsnede uit artikel 2014 BW⁹⁷:

Hoe wordt dit artikel uitgelegd? Het is een buitengewoon lastige opgave de betekenis die het artikel destijds had, te achterhalen. Het Wetboek Napoléon, ingerigt voor het Koninkrijk Holland sprak in vrijwel gelijke bewoordingen als het BW van 1838, en ook van de bewoordingen van artikel 2279 Cc was in vertaling niet afgeweken:

Artikel 1906 WNH. Met betrekking tot roerende goederen, geldt bezit voor een volkomen titel: Niettemin kan de geen, die eene zaak verloren heeft, of aan wien dezelve ontvreemd is, die zaak gedurende drie jaren, ingaande met den dag van het verlies of de ontvreemding, als zijne eigendom reclameren, bij wien hij dezelve ook vinden moge; behoudens het verhaal van den houder tegen den geen, van wien hij dezelve zaak bekomen heeft.

Art. 2279 Cc. En fait de meubles, la possession vaut titre.
Néanmoins, celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose, peut la revendiquer pendant trois ans, à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve; sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient.

Kempers Ontwerp 1820 sprak van de mogelijkheid van een driejarige verjaringsperiode, teneinde de *eigendom* van een roerende zaak te verkrijgen.

Artikel 1040 Ontwerp 1820 lid 1. De eigendom van tilbaar of roerend goed wordt bekomen door een bezit van drie jaren, mits niet kunne bewezen worden, dat de bezitter in dat tijdsverloop immer geweten hebbe, dat hij door het bezitten van de zaak iemands regt verkorte.

Maar dit ontwerp werd nu juist met kracht van tafel geveegd. Voorduin is uitermate kort over de geschiedenis van artikel 2014 BW. Alleen enkele kleine tekstuele wijzigingen in vergelijking tot de aan het Burgerlijk Wetboek van 1838 voorafgaande ontwerpen worden door hem vermeld⁹⁸. Asser merkt alleen op: ‘De voorschriften van art. 2005 - 2014 van het Nederlandsch Burgerlijk Wetboek stemmen grootendeels overeen met de bepalingen van art. 2271 - 2280 van het Wetboek Napoleon. Men behoeft ten deze alleen op te merken (...).’⁹⁹ En vervolgens maakt hij enkele opmerkingen waarvan

97. In 1838 luidde het artikel wat anders dan de latere redactie. De wijziging is niet zeer van belang voor het betoog. De redactie van dit artikel is in 1884 veranderd, om dit artikel in overeenstemming te brengen met het Wetboek van Strafrecht. Het begrip ‘diefstal’ is daarbij vervangen door ‘ontvreemding’. Zie Veegens, J.D., en Oppenheim, A.S., *Schets van het Nederlandsch Burgerlijk Recht*, deel 2 (3e druk, 1925), p. 33.

98. De toevoeging van de laatste woorden van het tweede lid ‘en onverminderd de bepaling van artikel 637.’ ter vervanging van een afzonderlijk artikel in een eerder ontwerp. Voorduin, J.C., deel 5 (1838), p. 575-576.

99. Asser, C., (1838), p. 621-622.

geen enkele betrekking heeft op artikel 2014. Het Franse artikel 2279 Cc en de commentaren daarop, zijn onmisbaar voor de uitleg.

Welke betekenis werd aan dit Franse artikel 2279 Cc gehecht? 'Sans doute, ce principe est ridiculement formulé,' aldus Marcadé, die daarmee duidelijk maakt dat ook in de Franse rechtswetenschap sprake was van een grote onduidelijkheid¹⁰⁰. Die onduidelijkheid zou zijn ontstaan doordat een uitleg van die bewoordingen 'possession vaut titre' in de juridische werken waarvan de makers van de Code civil gebruik hadden gemaakt, ontbrak. De zinsnede zou voor zich spreken, aldus Planiol¹⁰¹. Verduidelijking kan worden geboden door de oorsprong van de bepaling na te gaan. Zij is afkomstig, zo blijkt uit diverse bronnen, van de achttiende-eeuwse jurist Bourjon¹⁰². Deze stelde dat de regel 'possession vaut titre' vaste rechtspraak van het Châtelet van Parijs was¹⁰³. Met deze tekstuele overeenkomst is nog niets gezegd over de betekenis. Met het bezit, zo wil Bourjon, wordt tevens de eigendom verkregen¹⁰⁴, en niet slechts de mogelijkheid om een revindicatie af te weren. Aldus Toullier en Marcadé, die over de uitleg zoals die door Bourjon werd gegeven eensgezind zijn. Toullier in 1831:

'Il est donc évident que Bourjon attribue à la simple possession des choses mobilières, tous les effets de l'occupation proprement dite, qui donne immédiatement la propriété des choses dès le moment même où s'en est saisi, dès le moment où l'on en a appréhendé la possession.'¹⁰⁵

Marcadé over de rechtspraak van het Châtelet, zoals die door Bourjon overgenomen is in de regel 'en fait de meubles la possession vaut titre': '(...) et d'admettre ainsi que ce

100. Marcadé, V., *Explication du tit.xx, liv.iii du Code Napoléon (...) de la prescription* (1854), p. 247.

101. 'Le Code civil a conservé presque sans changement les solutions acquises à la fin du XVIIIe siècle. Les auteurs du Code ont puisé dans les répertoires pratiques de Denisart, de Guyot et autres, qui étaient dans toutes les mains au moment de la révolution. La règle sur la possession des meubles leur a paru être une maxime banale, qu'ils ont maintenu, sans juger utile de donner sur elle aucune explication, tant elle était connue de tout le monde.' Planiol, M., *Traité élémentaire de droit civil*, deel 1 (8e druk, 1920), p. 760-761.

102. Zie bijvoorbeeld Marcadé, V., (1854), p. 246 ev.; Toullier, C.B.M., deel 14 (1831), nr. 109; Goudsmit die in 1854 uit Bourjon citeert, en stelt: 'Het is dit beginsel, het zijn deze bewoordingen die de ontwerpers van den Code bij de samenstelling van a. 2279 voor oogen hadden en onze wetgever op nieuw in a. 2014 B.W. heeft bekrachtigd.' Goudsmit, J.E., over de werking en den aard van het bezit van roerende goederen, naar aanleiding van art. 2014 B.W., *Themis* 1854, p. 476. Zie ook Pitlo-Brahn (1987), p. 178-179, waarin geïmpliceerd lijkt te worden, doch geheel ten onrechte, dat de in navolging van Scholten geaccepteerde legitimatie-leer (zie hoofdstuk 2 § 3) reeds door Bourjon werd bedoeld.

103. Buiten twijfel is dit niet: zie bijvoorbeeld Marcadé, V., (1854), p. 246. Zie ook: Salomons, A.F., (1990), p. 11.

104. Anders echter: Zwolve, W.J., (1993), p. 94-96, die stelt dat alleen voor bezitters die te goeder trouw zijn, deze gelijkstelling van bezit met eigendom opgaat.

105. Toullier, C.B.M., deel 14, (1831), nr. 114. Een andere uitleg van Bourjon geeft Salomons, A.F., (1990), p. 13, die stelt dat Bourjon de bezitter niet tot eigenaar laat worden.

tiersacquéreur en devenait propriétaire par l'effet instantané de sa possession.' ¹⁰⁶ Waar Toullier en Marcadé het eens waren over de door Bourjon gegeven uitleg, hebben beiden een geheel ander standpunt over de uitleg van artikel 2279 Cc.

Terwijl Marcadé in de voetsporen van Bourjon blijft zoals die hierboven werden gevormd, en de derde-verkrijger de eigendom toekent, na een *prescription instantanée* (een verjaring zonder enig tijdsverloop), heeft Toullier een andere mening ('une grave hérésie,' kwalificeert Marcadé Toullier's standpunt), en leest in artikel 2279 geen eigendom voor de derde-verkrijger, doch slechts een vermoeden van eigendom (een processuele functie van het artikel): '...la possession fait présumer le possesseur propriétaire...' ¹⁰⁷ Toullier beschouwt artikel 2279 voorts als een verjaring bij roerende goederen, waarvoor slechts de goede trouw een vereiste is, en geeft aldus ook een materiële betekenis aan 2279.

'De quoi s'agit-il dans la chapitre où est placée cette disposition? Des prescriptions dont les unes n'exigent ni titre, ni bonne foi, comme les prescriptions trentenaires; les autres exigent et titre et bonne foi, comme les prescriptions d'immeubles par dix ou vingt ans; d'autres, enfin, seulement la bonne foi de celui qui prétend prescrire.

Enfin, l'art.2279 vient à la prescription des meubles, pour laquelle tous les auteurs tenaient, avant le Code, qu'il fallait et titre et bonne foi, quoique Pothier convint qu'il était difficile de présenter un titre écrit, la translation de propriété de meubles se faisant verbalement dans l'usage. Le Code a donc très-sagement retranché la nécessité d'un titre écrit pour la prescription des meubles, en statuant, dans l'art.2279, qu'en fait de meubles la possession vaut titre; et voilà le vrai sens de cet article.' ¹⁰⁸

Marcadé hierover:

'C'est donc une grave hérésie que la doctrine par laquelle Toullier (...) soutient que notre art. 2279 n'entend donner à la possession, tout d'abord, qu'une simple presumption de propriété cédant à la preuve contraire (...).' ¹⁰⁹

Dat was nogal sterk aangezet, want wellicht bedoelde Toullier alleen de processuele functie te schetsen, terwijl hij op een geheel andere plaats in zijn commentaar wel degelijk de eigendom toekende aan de bezitter ¹¹⁰. Dat stond Marcadé ook voor, zo

106. Marcadé, V., (1854), p. 246. Anders over de mening van Bourjon: Salomons, A.F., (1990), p. 11-14, die de teksten bij Bourjon zelf heeft geanalyseerd, de negentiende-eeuwse uitleg in de Franse rechtswetenschap er niet bij betreft.

107. Toullier, C.B.M., deel 14 (1831), nr. 112.

108. Toullier, C.B.M., deel 14 (1831), nr 116.

109. Marcadé, V., (1854), p. 247. Marcadé's opmerking 'une grave hérésie', (zware ketterij of een grove afvalligheid), doet nogal bruusk aan. Het was anderen op gaan vallen. Zo Planiol over het werk van Marcadé: 'Ouvrage remarquable à certains égards, malheureusement écrit sous une forme agressive, dans la partie due à Marcadé', deel 1 (8e druk 1920), nr. 130, p. 148.

110. Toullier, C.B.M., deel 9 (1821), nr. 94, p. 141.

had ik reeds opgemerkt. Door de onmiddellijke verjaring zou de bezitter te goeder trouw de eigendom verkrijgen:

'Ainsi, bonne foi et juste titre, telles sont les deux conditions exigées ici, pour la prescription d'un meuble par la possession instantanée, comme elles sont dans l'art. 2265, pour la prescription d'un immeuble, par la possession de dix à vingt ans. ACQUISITION D'UN MEUBLE FAITE A NON DOMINO, MAIS AVEC JUSTE TITRE ET DE BONNE FOI, tel est le cas d'application, et le seul cas d'application de notre art. 2279, comme le cas analogue est, quant aux immeubles, le seul pour laquelle l'article 2265 édicte sa prescription décennale.' ¹¹¹

Met een 'juste titre' wil Marcadé aangeven dat degene die zich op artikel 2279 beroept, zijn bezit verworven moet hebben op een wijze, die normaal gesproken in het Franse rechtssysteem tevens de eigendom doet overgaan:

'd'achat, d'échange, de donation, de succession, de legs, de dation en paiement. Car s'il n'a pas ainsi acquis, de fait, par l'un des modes légaux de transmission de propriété, il ne peut donc pas se croire propriétaire, il ne peut pas posséder de bonne foi animo domini, et dès lors la prescription de notre article ne lui est pas applicable.' ¹¹²

Vergelijkbaar met Toullier's standpunt is het standpunt zoals dat door Rogron in 1833 wordt weergegeven: '...le possesseur est réputé tellement propriétaire, que celui qui a une titre, ou qui pourrait prouver sa propriété.(...) Mais ont pourrait prouver que le possesseur l'est devenu de mauvaise foi.' ¹¹³ Hier wordt uitgegaan van een vermoeden van eigendom: de processuele regel zoals ook door Toullier werd verwoord. De werkelijke eigenaar heeft in deze betekenis nog de mogelijkheid te bewijzen dat hij eigenaar is, of dat de bezitter te kwader trouw is. Aan de artikelen 2014 BW en 2279 Cc worden in veel recenter jaren twee duidelijk verschillende functies gehecht. Op die twee functies, de procesrechtelijke en de materiële, wordt uitgebreid ingegaan in hoofdstuk 6 ¹¹⁴. Echter nu reeds is het onderscheid interessant. Duidelijk is dat beide aspecten op onduidelijke wijze bij Toullier aan bod komen, terwijl alleen de processuele door Rogron wordt vermeld, en bij Marcadé de processuele functie, zoals geschetst door Toullier, op zoveel weerstand stuit. De oorsprong van de regel 'bezit geldt als volkomen titel' ligt in haar processuele functie, zoals uit het Romeinse recht kan blijken, en door Zwolve duidelijk is uiteengezet ¹¹⁵. De materiële zou later aan deze regel zijn gehecht. Hoe deze ontwikkeling ook geweest mag zijn, duidelijk is dat beide betekenissen nogal door elkaar gebruikt worden, en dat er flinke meningsverschillen aanwezig zijn in het

111. Marcadé, V., (1854), p. 250.

112. Marcadé, V., (1854), p. 249. De eigendom wordt in het Franse recht overgedragen door de overeenkomst, 'par l'effet des obligations' (zie art. 711, 1138, 1583, 938 Cc). Planiol, M., deel 1, (1920), nr. 2589, p. 798: 'Le droit français a abandonné l'antique principe qui rendait la tradition nécessaire pour le transfert (...)'; zie ook Zwolve, W.J., (1993), p. 180-185.

113. Rogron, (1833), p. 432.

114. Hoofdstuk 6 § 3.A.2.

115. Zwolve, W.J., (1993), p. 94.

Franse recht. Wordt de eigendom aan de bezitter gegeven, of betekent de zinsnede slechts een bewijsvermoeden? Welke vereisten zijn bovendien nodig voor een geslaagd beroep: een titel en goede trouw, zoals Marcadé vereist, of alleen de goede trouw, zoals door Rogron wordt gesteld? Is sprake van een onmiddellijke *verjaring*, vanwege de plaats in de titel over verjaring, of heeft het artikel daar niet zoveel mee te maken? Deze vragen komen in de volgende perioden aan de orde.

Wanneer we deze Franse meningen als hulpmiddel gebruiken voor de uitleg van artikel 2014, dan wordt duidelijk dat het beginsel, waarvan door Voorduin geen duiding noodzakelijk werd geacht, tot zeer uiteenlopende interpretaties kan leiden, in Frankrijk, en in navolging eveneens in Nederland. Een verscheidenheid aan interpretaties verschijnt na 1838 ook in de Nederlandse rechtswetenschap. Een eenduidige heersende uitleg kan voor de Nederlandse rechtswetenschap, door het ontbreken van enige stellingname, maar evenzeer door de uiteenlopende interpretaties in Frankrijk, niet worden gegeven.

C. PUBLIEK DOMEIN

1. *Publiekrecht of privaatrecht*

Naar de juridische herkomst van publiek domein is al uitgebreid onderzoek verricht¹¹⁶. Twee visies zijn verdedigd met betrekking tot de dogmatische plaats van publiek domein rond 1838. In de eerste plaats is dat de visie die door Von Reeken in 1893, en door Vegting een halve eeuw later wordt voorgestaan. Publiek domein moet in beginsel worden gezien als onderworpen aan privaatrechtelijke eigendom, en, zo stellen zij, dit standpunt was ook van oudsher, ook rond 1838, de heersende mening. Wat is het meest zwaarwegende argument voor hun standpunt? Een grammaticaal argument: de bronnen¹¹⁷, de diverse schrijvers, spreken over *eigendom*. Daarmee kan niets anders dan privaatrechtelijke eigendom worden aangeduid, en daarom moet de overheid beschouwd worden als privaatrechtelijk eigenaar van publiek domein. De andere visie wordt door recent historisch onderzoek naar voren gebracht, en schijnt mij meer aannemelijk toe. De rechten van de overheid op publiek domein zijn daarin tot regalia of hoogheidsrechten, publiekrechtelijke constructies, te herleiden, en daarmee is een publiekrechtelijke herkomst gegeven. Hardenberg en in navolging van deze, Van

116. Zie voor de publiekrechtelijke visie met name hoofdstuk 7 § 4.C, waarin ook enkele eigentijdse schrijvers aan de orde komen; voor de privaatrechtelijke visie in hoofdstuk 6 § 4.C.4.

117. Vegting, W.G., *Publiek domein en zaken buiten de handel* (1946), passim. De door Vegting gebruikte bronnen zijn zeer divers. Zo gebruikt hij uiteenzettingen van glossatoren, commentatoren, juristen uit de Hollandse elegante school, en aan de moderne codificaties voorafgaande ontwerpen voor een civielrechtelijke codificatie. Von Reeken, C.G., *Uitoefening van private rechten op zaken met eene publieke bestemming*, *Themis* 1893, p. 1-67.

Maanen, kunnen onder deze laatste richting worden geschaard¹¹⁸. Maar wat werd rond 1838 over het samenstel van bepalingen, zoals in hoofdstuk 2 § 4 werd genoemd, geschreven? Daarvoor beschouwen we met name de bepalingen over publiek domein (art. 575 ev BW, § 4.C.2) en de bepalingen over zaken buiten de handel (§ 4.C.3).

2. Publiek domein

Uit de privaatrechtelijke wetgeving en de wetsontwerpen die het Burgerlijk Wetboek voorafgaan is niet of nauwelijks af te leiden of publiek domein nu door privaatrechtelijke regels wordt bestreken, of door andere, publiekrechtelijke regels. In het *Wetboek Napoleon ingerigt voor het koninkrijk Holland* wordt plaats ingeruimd voor publieke domeinen, en gesteld, dat zij 'voor geen en uitsluitenden eigendom vatbaar zijn':

Art. 433. De wegen, rij- en gangpaden, die tot laste van het rijk zijn, de bevaarbare stroomen en rivieren, de stranden van de zee, de havens en reeden, en in het algemeen alle gedeelten van Hollands grond, welke voor geen en uitsluitenden eigendom vatbaar zijn, worden onderhoorig geacht aan de publieke domeinen.

Twee mogelijke interpretaties zijn denkbaar: de aangehaalde zinsnede kan er op wijzen dat er geen rechten van particulieren op kunnen rusten enerzijds, anderzijds zou ze kunnen wijzen op de onvatbaarheid van die zaken voor eigendom, ook voor de staat. Cras en Kemper lijken in hun ontwerpen voor een Burgerlijk Wetboek eerder een publiekrechtelijke, dan een privaatrechtelijke constructie neergelegd te hebben¹¹⁹. Twijfel blijft op grond van de tekst zeer wel mogelijk. In het ontwerp Kemper (1816) luidt artikel 1056:

Zaken welke den Staat toebehooren, worden onder land gemeene zaken of landszaken genoemd, gelijk in het algemeen Staatsbezittingen onder den naam van domeinen of Staats domeinen begrepen worden. En heeft daarop de Staat dezelfde regten, welke aan particulieren op hunne zaken toekomen. De grondwet van den Staat en de staatkundige inrigtingen, bepalen de administratie van, en de beschikking over dezelve.¹²⁰

Hierin lijkt weergegeven dat publiek domein geregeerd wordt door publiekrechtelijke regels, immers: 'De grondwet van den Staat en de staatkundige inrigtingen bepalen de administratie van, en de beschikking over dezelve.' Maar de bepaling vervolgt met de toekenning aan de staat van dezelfde rechten als aan particulieren zouden kunnen toekomen. Het vervolg lijkt weer wat van die toekenning van private rechten weg te nemen.

118. Hardenberg, L., De 'eigendom' van de staat, in: *Ter recognitie. Opstellen aangeboden aan prof. mr. H. van der Linden bij zijn afscheid als hoogleraar in de Nederlandse rechtsgeschiedenis aan de Vrije Universiteit* (1987), p. 341-371; Van Maanen, G.E., (1992), p. 973.

119. Zie ook Van Maanen, G.E., (1992).

120. Uit: Van Gessel-De Roo, *Bronnen van de Nederlandse codificatie sinds 1798. Zakenrecht 1798-1820*, (1991), p. 176-177.

Alleen op grond van de tekst wordt geen duidelijkheid gebracht. Het ontwerp 1820 werpt iets meer licht op de kwestie, en stelt in artikel 951:

Er kan door bijzondere personen geen regt tegen den staat op zaken verkregen worden, welke klaarblijkelijk ten algemeenen nutte bestemd zijn, en dien ten gevolge onvervreemdbare landgemeene zijn.

'Onvervreemdbare landgemeene' geeft aan dat de zaken 'ten algemeenen nutte' aan de staat behoren¹²¹ en onvervreemdbaar zijn. Een aantal van de zaken die in het BW 1838 in artikel 577 genoemd worden, werden in dit wetsontwerp onder deze 'zaken ten algemeenen nutte' gebracht. Wat zijn de standpunten tijdens de parlementaire behandeling van het BW 1838?

Voorduin is niet expliciet over de rechtstoestand van publiek domein. Slechts uit enkele zinsneden kan blijken van de bijzondere positie van deze zaken. Zo vermeldt hij bij artikel 555 BW¹²² het volgende. In een voorgaande redactie van deze bepaling werd gesproken over 'openbaren of afzonderlijken eigendom':

Men verstaat door zaken, al hetgeen het onderwerp kan uitmaken van openbaren of afzonderlijken eigendom.

Een voorstel was geweest om de twee woorden 'openbaren of afzonderlijken' weg te laten. Daar was de regering tegen, en haar argument daarvoor is in dit verband interessant. 'Men achtte het aan de zijde der Regeering van belang 'om deze woorden te behouden, ten einde te doen zien, dat ook voorwerpen van openbaren eigendom, door de burgerlijke wet geregeerd worden'¹²³. Daarnaast is een punt van discussie geweest of het woord zaken, in de Franse tekst (de behandeling speelt in 1823, België maakte immers nog deel uit van Nederland) door 'biens' (goederen) vertaald moest worden. Nicolai, 'Belgisch' kamerlid merkte hierover het volgende op:

'Dans le langage des jurisconsultes le mot: biens, ne s'applique qu'aux choses qui peuvent être l'object d'une propriété publique ou particulière; ainsi l'on ne comprend pas sous cette dénomination les choses qui sont utiles à tous, et qui n'appartient à personne: comme l'air, la mer, le vent, les animaux sauvages, etc.'¹²⁴

Uit beide discussiepunten en de korte behandeling kan wel het een en ander geconcludeerd worden. Het Burgerlijk Wetboek werd gedacht om zaken van 'openbaren eigendom' (publiek domein) te regeren. Duidt het ook op toekenning van privaatrechtelijke eigendom, zoals particulieren zou kunnen toekomen? Dat hoeft daar nog niet uit te

121. Aldus artikel 949: Zaken, welke aan den Staat toebehooren, worden land gemeene of lands zaken genoemd (...).

122. Zie hoofdstuk 2 § 4.

123. Voorduin, J.C., deel 3 (1838), p. 303-305.

124. Voorduin, J.C., deel 3 (1838), p. 304.

volgen, het hangt er maar van af wat precies de inhoud was van het begrip 'openbare eigendom,' en wat de betekenis was van 'burgerlijke wet.'¹²⁵ Nicolaï maakt duidelijk dat *hij* in ieder geval 'les choses qui sont utiles à tous' als een afzonderlijke categorie beschouwt. Maar welke zaken worden daar onder begrepen? Ook publiek domein, of valt publiek domein onder 'propriété publique'? Nicolaï's criterium, 'utiles à tous,' komt aan de orde bij de behandeling van 'zaken buiten de handel.' Eerst zullen we echter naar de Franse bepalingen kijken, en naar de 'jurisconsultes,' de juristen, waarnaar Nicolaï verwees. Dit Franse recht is iets duidelijker over het rechtskarakter van publiek domein.

De Code civil biedt meer aanknopingspunten, maar de betreffende bepalingen vergen dan een nogal bijzondere interpretatie. In Code civil zou volgens Franse schrijvers publiek domein worden beheerst door regels van publiekrechtelijke aard. De artikelen luiden als volgt:

Art.538. Les chemins, routes et rues à la charge de l'État, les fleuves et rivières navigables ou flottables, les rivages, lais et relais de la mer, les ports, les havres, les rades, et généralement toutes les portions du territoire français qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée, sont considérés comme des dépendances du domaine public.

Art.539. Tous les biens vacants et sans maître, et ceux des personnes qui décèdent sans héritiers, ou dont les successions sont abandonnées, appartiennent au domaine public.

Art.540. Les portes, murs, fossés, remparts des places de guerre et des forteresses, font aussi partie du domaine public.

In artikel 539 Cc, zou bij wijze van vergissing sprake zijn van de woorden 'domaine public'. In 1807 werden de oorspronkelijke woorden 'à la nation' vervangen door 'au domaine public.' Met deze verandering was geen inhoudelijke wijziging beoogd¹²⁶. Vooral vroege Franse schrijvers (voor 1838) kwalificeerden deze wijziging als een vergissing, omdat zij zeer expliciet een onderscheid maakten tussen 'domaine public' en 'domaine privé'.¹²⁷ Dat onderscheid lazen zij ook in de Code civil, en daarin schuilt de aanvang van een lange discussie. Want wanneer de zaken worden beschouwd van artikel 539, dan valt op dat genoemde goederen geen openbare bestemming hebben,

125. Betekent 'openbare eigendom' niet meer dan publiek domein in onze betekenis? Omvat burgerlijke wet, het Burgerlijk Wetboek, meer dan alleen *privaatrechtelijke* regels? Als dat zo zou zijn dan zou het een fraaie illustratie van de stelling dat het Burgerlijk Wetboek ook regels bevat die als algemeen recht te duiden zijn, en een weergave zijn van beginselen die aan het *privaat-* maar ook het *publiekrecht* eigen zijn. Zie daarover: Teunissen, J.H.M.F., (1996), p. 324.

126. Zie bijvoorbeeld Ripert, G., en Boulanger, J., in: *Traité élémentaire de droit civil de Planiol*, deel 1 (1950), nr. 2547, p. 860; Vegting, W.G., (1946), p. 158-159.

127. Zie in: Baudry-Lacantinerie, G., en M. Chauveau, *Traité théorique et pratique de droit civil. Des biens*. (3e druk, 1905), p. 139-140. Zie Proudhon, J.B.V., *Traité du domaine de propriété*, (1842), p. 308, onder nr. 816; Toullier, C.B.M., deel 3 (1820), nr. 32; Marcadé, V., *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, deel 2 (5e druk, 1852), p. 382; zie hoofdstuk 5 § 4.A.

de in 538 en 540 echter wel. Alle genoemde zaken maken volgens de wettekst onderdeel uit van het domaine public. Het is in het genoemde criterium, 'openbare bestemming,' waarin een onderscheid gezien wordt tussen de in 538-540 Cc genoemde zaken. Ripert en Boulanger merken het op: 'l'affectation d'une chose à l'usage de tous.'¹²⁸ Van een verdeling in privaat en publiek domein zou ook kunnen blijken uit de parlementaire behandeling van de Code civil¹²⁹.

In de Nederlandse bepalingen wordt niet over 'domaine public' gesproken, doch over 'behooren aan den staat.' Over de verandering van de redactie van artikel 577 BW ten opzichte van artikel 538 Cc wordt echter slechts iets opgemerkt over de toevoeging van de laatste zinsnede aan het artikel: 'welke de strekking had, om de uitgebreidste betekenis aan de aanspraak der Domeinen te geven, doch de nauwste beperking aan de op titels of prescriptie gegronde regten van bijzondere personen'¹³⁰. Over de redactie van de Franse bepalingen wordt niets vermeld. De in artikel 577 BW genoemde zaken zijn 'van dien aard, dat zij onmiskenbaar tot 's lands eigendom behooren, terwijl het schier niet denkbaar is dat anderen daarop eenig recht kunnen bezitten.' De in dat artikel genoemde zaken kunnen in deze visie slechts aan de staat toebehoren¹³¹. In het Franse artikel 538 Cc worden genoemd de aanwassen, gorsingen en schorren ('lais et relais de la mer') en, zo merkt Asser op, 'deze toch kunnen, naar den regel niet worden gelijk gesteld en op dezelfde lijn geplaatst' met de in artikel 577 BW opgesomde zaken. De 'aanwassenen, gorsingen en schorren,' gelegen aan rivieroeveren, behoren in Nederland vaak aan particulieren, maken aldus deel uit van hun eigendom, en worden daarom (in artikel 651 en 652 BW) bij eigendom behandeld¹³². Met dit standpunt (de staat als enig mogelijke eigenaar van de in 577 BW genoemde zaken) is een weg geopend voor de opvatting dat dit recht van de staat een ander recht betreft dan een privaatrechtelijk eigendomsrecht. Uit Assers woorden is een dergelijk 'ander recht' echter nog niet af te leiden¹³³. Dat is merkwaardig, daar deze bewoordingen uitdrukking waren van een

128. Ripert, G., en J. Boulanger, (1950), nr. 2549, p. 861.

129. Zie *Code Napoléon, suivi de l'exposé des motifs, sur chaque loi* (...) deel 4 (1808), p. 9 (Treilhard); p. 17-18 (Goupil-Préfeln); p. 24-25 (Savoye-Rollin).

130. Voorduin, J.C., deel 3 (1838), p. 342, bij de behandeling van artikel 577 BW.

131. Vergelijkbaar met deze uitleg is de oplossing die in het nieuwe Burgerlijke Wetboek is te vinden: in de artikelen 25 - 28 boek 5 BW wordt aan de Staat de eigendom toegekend van de bodem van de territoriale zee en de waddenzee en wordt een eigendomsvermoeden aan de Staat gegeven van bijvoorbeeld (artikel 5: 28) onroerende zaken die openbaar zijn.

132. Voor zover van belang: artikel 651 lid 2. De aanspoeling komt ten voordele van de eigenaars van den oever, zonder onderscheid of in den titel van eigendom al of niet melding worde gemaakt van de hoegrootheid der landen; behoudens de wetten en verordeningen opzigtelijk voet- en jaagpaden. Artikel 652 lid 1. De bij het tweede lid van het vorige artikel gemaakte bepaling is ook toepasselijk op aanspoelingen, welke aan de oevers van bevaarbare meeren plaats hebben. Lid 2. Dezelfde bepaling is eindelijk ook toepasselijk op aanwassen, gorsingen en schorren, door de zee aan de stranden en aan de oevers der rivieren, alwaar ebbe en vloed gaat, aangespoeld, het zij de oever aan den staat, of wel aan bijzondere personen of gemeenschappen, toebehoort.

133. Asser, C., (1838), p. 239.

in de Franse rechtswetenschap reeds voor 1838 gangbaar onderscheid tussen publiek domein (zaken met openbare bestemming) en privaat domein (zaken zonder openbare bestemming); een onderscheid dat met aanzienlijke moeite in het Burgerlijk Wetboek, met minder problemen in de Code civil te lezen was.

3. Zaken buiten de handel

De 'zaken buiten de handel' vormen een categorie bepalingen die, zo zagen wij, door Pitlo-Brahn als synoniem voor publiek domein worden gezien: een aan de overheid toebehorende zaak met een openbare bestemming (publiek domein), is tevens een zaak buiten de handel¹³⁴. Het verband tussen beide bepalingen wordt duidelijk, wanneer het Romeinse recht wordt beschouwd. Het begrip 'zaken buiten de handel' is een begrip dat direct te herleiden is totromeinsrechtelijke categorieën. Een latijnse benaming, die veelal wordt gebruikt, het begrip 'res extra commercium' is echter een begrip dat niet in de Romeinse bronnen voorkomt, doch later ingang heeft gevonden¹³⁵. Wel wordt in Romeinse bronnen gesproken over zaken die 'extra patrimonium' zijn, en één daartoe behorende categorie betreft de 'res publicae,' waaronder weer de zaken met een openbare bestemming worden gebracht. Omdat, aldus Wubbe, de 'res publicae' behoren aan de staat, en de staat niet onder het privaatrecht valt, zijn deze zaken geen voorwerp van privaatrechtelijke eigendom¹³⁶. In de Code civil, en in het Burgerlijk Wetboek 1838 heeft dit Romeinsrechtelijk concept een plaats gekregen. In voorgaande paragraaf werd duidelijk dat in het Franse recht uit de tekst van de artikelen 538-540 Cc geen onderscheid kon blijken, maar dat dit onderscheid werd gezien in 'l'affectation d'une chose à l'usage de tous.'

Voorduin vermeldt het volgende over zaken buiten de handel. In de eerste plaats de tijdens de parlementaire behandeling gemaakte opmerking dat zaken buiten de handel niet onder zaken in de zin van artikel 555 BW kunnen vallen. Artikel 593 bepaalt dat zaken buiten de handel geen voorwerp van *bezit* kunnen zijn, waardoor zij eveneens geen voorwerp van *eigendom* zouden kunnen zijn¹³⁷. Daarnaast wordt bij de behandeling van (de voorlopers van) artikel 593 BW opgemerkt dat de in een eerder ontwerp voorkomende zinsnede 'Zaken aan den staat behorende, welke niet in den handel zijn (...) verkort werd tot 'Zaken welke niet in den handel zijn (...)' Dit was juist gedaan om aan te geven dat zaken buiten de handel ook aan andere overheidslichamen kunnen

134. Pitlo-Brahn (1987), p. 45; zie ook hoofdstuk 2 § 4.

135. Aldus Kaser, M., *Romeins privaatrecht*, bewerkt door F.B.J. Wubbe (2e druk, 1971), p. 93 en p. 2.

136. Wubbe, F.B.J., (1971), p. 94. Gaius, *Instituten*, boek 2, §§ 2, 10 en 11, in een vertaling van Oltmans, A.C. (3e druk, 1967), p. 43-44. Met name § 11: Quae publicae sunt, nullius videntur in bonis esse; ipsius enim universitatis esse creduntur. Die, welke publiek zijn, worden geacht niemands eigendom te zijn; want zij worden beschouwd van een gemeenschap of corporatie zelf te zijn. Zie voor de romeinsrechtelijke achtergrond eveneens: Van de Vijver, *The Etatisation of public property*, in: D.P. Visser (ed.), *Essays on the history of law* (1989), p. 216-300.

137. Voorduin, J.C., deel 3 (1838), p. 305.

toebehoren. Hiermee wordt duidelijk dat de wetgever destijds een verband legde tussen zaken met een openbare bestemming die aan de staat behoren (577 BW) en zaken buiten de handel (onder andere artikel 593 BW)¹³⁸. Vervolgens wordt in de parlementaire behandeling een criterium geformuleerd om aan te geven welke zaken als zaken buiten de handel aangemerkt moeten worden: 'de bestemming der goederen ad utilitatem publicam, zoo lang zij die bestemming blijven behouden.'¹³⁹ De regering waagde zich niet aan een beschrijving wat nu precies onder 'zaken buiten de handel' begrepen zou moeten worden, omdat, zo meende zij, het onmogelijk zou zijn bij *algemene* definitie dit begrip te omschrijven. De rechter zou dit moeten uitmaken¹⁴⁰. Ook Asser neemt in navolging van die parlementaire behandeling dit standpunt in:

'Men beschouwde het als ongeraden, ja als ten eenenmale onuitvoerlijk, om bij eenen algemeenen regel aan te duiden, welke het kenmerkend onderscheid zij tusschen de zaken, welke in of buiten de handel zijn. Wel is waar zoude men onder de laatstgemelde kunnen rangschikken de zoodanige, die ten algemeenen nutte strekken, doch men ware daarmee weinig gevorderd, omdat alsdan steeds de vraag zoude zijn onbeantwoord gebleven, wat met door algemeen nut te verstaan hebbe.'

De wetgever noemt daarom geen criterium, maar wat heeft nu de rechter te doen, wanneer zich een vraag aan hem voordoet. Die moet in dat concrete geval beslissen, of de zaak in kwestie een zaak buiten de handel is, en daarbij het genoemd criterium moeten aanwenden. Aldus worden de bepalingen over zaken buiten de handel, door dit niet in de wet genoemd criterium in verband gebracht met de zaken die in artikel 577 aan de staat behoren¹⁴¹. Deze onduidelijkheid over het criterium zou nog lang in de discussie van invloed blijven.

§ 5. Conclusies

De betekenissen konden alleen met veel moeite uit de Nederlandse parlementaire geschiedenis en uit de voorgaande ontwerpen van wetgeving worden afgeleid. Er was meer nodig dan deze Nederlandse bronnen. De Franse wetgeving en de commentaren waren onontbeerlijk. Soms moest van Romeins recht gebruik worden gemaakt. De mogelijkheid van een aansprakelijkheid voor zaken in het algemeen was aangereikt door Franse commentaren: op alle zaken kon 1384 Cc van toepassing zijn. De vraag of schuld was vereist, kon bevestigend worden beantwoord. De betekenis van artikel 2014 werd in Nederland als bekend verondersteld en er werden weinig woorden door de wetgever aan besteed. In de Franse commentaren blijkt van een groot aantal onduidelijkheden. Dezelfde onduidelijkheden zullen zich voortplanten in de Nederlandse discussie:

138. Voorduin, J.C., deel 3 (1838), p. 353.

139. Voorduin, J.C., deel 3 (1838) p. 354.

140. Voorduin, J.C., deel 3 (1838), p. 355; en deel 4 (1838), p. 495.

141. Asser, C., (1838), p. 243. Zie over dit argument ook Opzoomer, die meent dat met dit criterium juist wel een nadere bepaling van de zaken buiten de handel wordt gegeven (hoofdstuk 5 § 4.D.2).

is sprake van eigendom bij de bezitter of slechts een vermoeden van eigendom; is een titel vereist, of goede trouw; gaat het om een verjaring? Over de rechtstoestand van publiek domein bleef ook een sluier hangen. Was in de wetgeving een aparte plaats ingeruimd voor publiek domein? Uit de Code civil kon zulks met meer kracht worden beweerd dan uit de Nederlandse wetgeving. De Romeinsrechtelijke 'res extra commercium' waren als zaken buiten de handel teruggekeerd in de nieuwe Franse en Nederlandse wetgeving, maar wat moest onder deze bepalingen worden gebracht? Zaken die tot algemeen nut strekken? Dat criterium was niet in de wet genoemd. En was publiek domein buiten de handel? Het zijn vragen die zo expliciet nog niet werden gesteld, maar in de volgende perioden aan de orde gesteld zullen worden. Wat wij in dit hoofdstuk zelf gedaan hebben, vaststelling van betekenissen van de onderwerpen en artikelen, zullen wij in de komende hoofdstukken overlaten aan de Nederlandse juristen van na 1838.

Rechtsvergelijking als wetshistorie (1838-1850)

§ 1. Inleiding

De interpretatie van de onderwerpen voor 1838 was lastig. De wetgever blijkt een duidelijk begrip van de artikelen bij de Nederlandse juristen als aanwezig verondersteld te hebben. Meerduidigheid in het Franse recht werd doorgegeven in het Nederlandse recht, en lag besloten in de Nederlandse bepalingen. Vanwege de vaak vrijwel letterlijke vertalingen lag kennisname van de Franse literatuur voor de hand. Zo stelt De Pinto in zijn voorwoord in 1838 dat de Franse commentaren in ieders handen behoren te zijn. Illustratief voor het belang van het Franse recht is ook dat Diephuis in zijn vroegere werk *Het Nederlandsch burgerlijk regt, naar de volgorde van het Burgerlijk wetboek* in opmerkelijk veel gevallen eerst verwijst naar de Franse auteurs, dan pas naar de Nederlandse. Kennisname van het Romeinse recht werd, ondanks de formele afschaffing, evenzeer dringend aanbevolen, 'rationis auctoritate.' In de Duitse rechtswetenschap werd het Romeinse recht als eigentijds recht beoefend, en ook via de Duitse rechtswetenschap werd verwezen naar Romeins recht. Deze opvattingen over Frans en Romeins recht zijn voor de beschouwingen voor de eerste periode na 1838 nog van grote betekenis.

A. KENNISNAME VAN ANDERE RECHTSSTELSELS IN HET NEDERLANDSE PRIVAATRECHT

1. Kwantitatieve weergave

Van het totale aantal verwijzingen (1503) in het handboek van De Pinto (1838) is 42% naar Nederlandse bronnen en 41% naar Franse. In 2% wordt naar Duitse bronnen verwezen, terwijl slechts twee maal naar Belgisch recht wordt verwezen. Een percentage van 15% is naar Romeins recht. Uit zes jaargangen van *Themis* tussen 1838 en 1850 is een percentage van 49% naar Nederlandse bronnen, 21% naar Franse bronnen, 22% naar Romeins recht en 6% naar Duitse bronnen. In de tweede druk van Diephuis' commentaar wordt in 60% van het totaal aantal verwijzingen verwezen naar Franse bronnen, in 36% naar Nederlandse bronnen, in 4% naar Duitse, en in 1% van de

gevallen werd naar Romeins recht verwezen. De inhoudsopgave van twee jaargangen *Themis* laat slechts 1 artikel met Duits recht als onderwerp zien van de 31 artikelen. Van de 30 besproken of aangekondigde boeken zijn er 3 op het Franse recht gericht, en is er 1 Spaans werk.

2. Romeins recht en Frans recht: terugtred en verandering

Ook vanaf de codificatie van 1838 wordt gewezen op het belang dat voor de rechtswetenschap in het Franse en het Romeinse recht is gelegen als hulpmiddel bij de uitleg van de Nederlandse bepalingen. Carel Asser had de verwachting uitgesproken dat het gezag van het Franse recht na invoering van het BW in 1838 nog zeker een halve eeuw zou voortduren¹⁴². Den Tex en Van Hall stellen, net als De Pinto, dat van de van de Franse wetgeving, van Merlin en van Toullier, door onze *jongelingschap* kennis genomen moet worden¹⁴³. Veel schrijvers halen bij de bespreking van de Nederlandse bepalingen de overeenkomstige artikelen uit de Code Civil aan en wijzen kort op overeenkomsten en verschillen in de redactie. Soms gebeurt dit min of meer uitgebreid, zoals door Carel Asser, soms beknopter, zoals in De Pinto's handboek. De Martini heeft in zijn *De Nederlandsche wetgeving* uit 1840 een zeer abstractanalytische benadering. De sleutel tot de betekenis van de Nederlandse bepalingen is bij hem als volgt: 'eene eenvoudige aanhaling' betekent dat 'hetzelven van gelijken inhoud is;' 'indien voor het Fransche artikel geplaatst is Vg.,' betekent dit dat 'hetzelve in het Nederlandsche artikel is gewijzigd;' als 'geene aanhaling hoegenaamd van een Fransch artikel' plaatsvindt, dan betekent dit, dat er in de Franse codificatie geen bepaling van gelijke strekking voorkomt als de Nederlandse bepaling¹⁴⁴. De benadering die bij de totstandkoming van de Nederlandse wetgeving werd gekozen, het niet expliciteren van de discussie over de Franse bepalingen zet zich voort. Pas later wordt het Franse recht uitgebreider behandeld.

Behalve deze vooraanstaande positie van het Franse recht werd ook het Romeinse recht door de juristen van kort na 1838 een functie toebedacht. Duidelijk daarover was Den Tex. In navolging van dit standpunt kan de mening van Goudsmit en Opzoomer geplaatst worden. Ook zij stellen zich achter het gebruik van Romeins recht als hulpmiddel voor de uitleg van het Nederlandse burgerlijke wetgeving; zij spreken echter over Romeins recht als een *nationaal* recht, omdat het in het Nederlandse recht geïncorporeerd is, en bestudeerd moet worden in verband met de Nederlandse codificatie¹⁴⁵. Daarbij zal de beoefening van Romeins recht als eigentijds recht in Duitsland een rol

142. Zie hoofdstuk 3 § 3, Asser, C., (1838), p. i-ii.

143. Den Tex, C.A., en J. van Hall, (1839), p. vi. De Pinto, A., (1838), p. 5. Het handboek van Lipman is opgezet naar voorbeeld van Rogron. Zie Van Hasselt, W.J.C., (1843), p. V.

144. De Martini, G.J., (1840), p. 5-6.

145. Zie hoofdstuk 3 § 2. Goudsmit, J.E., en C.W. Opzoomer, Beschouwing van artikel 881 en 619 B.W., *Themis* 1844, p. 251.

gespeeld hebben¹⁴⁶. Zowel Opzoomer als Goudsmit maken in de analyse van de bepalingen in het Burgerlijk Wetboek gebruik van Duits en Oostenrijks recht. Tegelijk wordt reeds een terugtred zichtbaar van het Romeinse recht. Waaraan ligt dat? Opzoomer en Goudsmit stellen vast dat in het Nederlandse privaatrecht een gewoonte is ontstaan veel naar het Romeinse recht te verwijzen. Lang niet alle verwijzingen naar Romeins recht worden door hen als even zinvol beschouwd. De privaatrechtswetenschap maakt zich vaak schuldig aan nutteloze aanhalingen van bepalingen uit het Corpus Juris. Op veel plaatsen heeft 'ons eigen wetboek beslist,' en kan het 'uit zich zelve worden verklaard'. En zo krijgt het Romeinse recht al spoedig een minder prominente positie bij de uitleg van de Nederlandse bepalingen. Opzoomer zet met behulp van een handigheid¹⁴⁷ het Romeinse recht op een zijspoor. Diephuis, die in zijn eerste werk het Romeinse recht in dit geval zonder voorbehoud gebruikt, verwerpt in zijn latere werk het gebruik expliciet¹⁴⁸.

§ 2. Aansprakelijkheid voor zaken

A. EEN EERSTE IMPLICIETE BETEKENIS IN DE LITERATUUR

De meest waarschijnlijke betekenis in 1838 van de zinsnede in artikel 1403 is die waarbij een schuldaansprakelijkheid kan bestaan voor elke zaak. Schuld (of nalatigheid) is vereist. Dit ligt dan besloten in een gebrek in het uit te oefenen opzicht. De eerste Nederlandse commentaren laten zich echter nog nauwelijks uit over de betekenis van deze zinsnede. Zo is De Pinto's bespreking uiterst summier. Wat daaruit naar voren komt is dat zijn uitleg voor een groot deel overeenstemt met de uitleg die bij Toullier aangetroffen werd. De zinsnede wijst bij De Pinto op een algemene aansprakelijkheid voor zaken die iemand onder zijn opzicht heeft:

'Men is verantwoordelijk voor de schade, veroorzaakt: 1°. door zijne eigene daad. ...4°. door eene zaak, welke men onder zijn opzicht heeft, of een gebouw, waarvan men eigenaar is, indien dezelve door verzuim van onderhoud, of door een gebrek in de bouwing of inrigting is te weeg gebracht.'¹⁴⁹

146. Modderman, W., *De receptie van het Romeinsche regt* (1874), p. 8.

147. Waarbij hij aan de ene kant een sterk aan tekst gekoppelde uitleg geeft van een bepaling om de betekenis zoals die in zijn ogen is (*ius constitutum*) te achterhalen, aan de andere kant een veel vrijere uitleg gebruikt om de betekenis zoals die zou moeten zijn (*ius constituendum*) te kunnen vaststellen. Zie verder hierover hoofdstuk 5 § 1.C.3.

148. Zie § 4.B en hoofdstuk 5 § 4.D.2. Over deze verwerping Lokin, J.H.A., *De taak van de rechtswetenschap volgens Diephuis en Opzoomer*, In: *G. Diephuis, C.W. Opzoomer 1892-1992* (Een uitgave van de stichting "Het Groningsch Rechtshistorisch fonds, 1992). Verder is Diephuis zeer karig met het gebruik van Romeins recht, ook in zijn eerdere werk.

149. De Pinto, A., deel 1 (1838), p. 201-202.

Toullier wordt door De Pinto vaak gebruikt, onder andere bij de aansprakelijkheid voor personen die ook in artikel 1403 BW is weergegeven. Uit dit standpunt kan een uitleg voor de aansprakelijkheid voor zaken volgen. De Pinto verwijst naar Toullier en deelt diens standpunt. Die aansprakelijkheid voor personen zou slechts gelden met betrekking tot de in dat artikel genoemde personen¹⁵⁰. Tot *andere* personen mag de aansprakelijkheid niet worden uitgebreid. Waarom niet? Een 'algemeen beginsel' ligt daaraan volgens De Pinto ten grondslag. Artikel 1403 BW is bedoeld als een *uitzondering* op de regel dat iemand slechts aansprakelijk is voor *eigen* doen of nalaten¹⁵¹. De Pinto verwerpt het tegenover Toullier staande standpunt van Delvincourt, die juist *wel* een uitbreiding tot andere personen voorstaat¹⁵². Deze argumentatie laat zich denken voor de aansprakelijkheid voor zaken, die zich dan niet verder kan uitstrekken dan de zaken als genoemd in de artikelen 1404 en 1405. Dit argument wordt gebruikt in de conclusie voor het arrest inzake de Amsterdamsche Pijpgaz-compagnie¹⁵³. Over het vereiste van schuld wordt door De Pinto niet gesproken. De reden voor dit ontbreken ligt besloten in het bovenstaande argument. De aansprakelijkheid voor andere personen is een *uitzondering* op de normale aansprakelijkheid voor eigen doen of nalaten. Die uitzonderingen zijn in de wet weergegeven. Een aansprakelijkheid voor zaken in het algemeen zou ook een uitzondering zijn, en dan is volgens De Pinto wetgeving noodzakelijk. Daarvan is geen sprake, en schuld is een noodzakelijk vereiste.

De twee commentaren van Toullier en Delvincourt illustreren dat meerdere visies verdedigbaar waren met betrekking tot de uitleg van artikel 1384 Cc/1403 BW. Een enge uitleg, waarbij de opsomming van de personen en de zaken (in 1404 en 1405) als limitatief moet worden aangemerkt; en een ruime, waarbij dat niet het geval is. De Pinto lijkt een aanhanger van de enge opvatting. In andere kort na de codificatie verschenen werken zijn minder aanknopingspunten aan te treffen. Zo wordt door Asser niet gesproken over aansprakelijkheid voor zaken, terwijl hij in het algemeen voor niet door hem behandelde artikelen (die niet zouden afwijken van de Franse bepalingen) verwijst

150. Artikel 1403 lid 1. Men is niet alleen verantwoordelijk voor de schade, welke men door zijne eigene daad veroorzaakt, maar ook voor die welke veroorzaakt is door de daad van personen voor welke men aansprakelijk is, of door zaken welke men onder zijn opzigt heeft. 2. De vader, en bij gebreke van dien, de moeder zijn verantwoordelijk voor de schade, veroorzaakt door hunne minderjarige kinderen, die bij hen inwonen. 3. De meesters en degenen die anderen aanstellen tot de waarneming hunner zaken zijn verantwoordelijk voor de schade, door hunnen dienstboden en ondergeschikten veroorzaakt in de werkzaamheden waartoe zij dezelve gebruikt hebben. 4. De schoolonderwijzers en werkmeesters zijn verantwoordelijk voor de schade door hunnen leerlingen en knechts veroorzaakt, gedurende den tijd dat dezelve onder hun toezicht staan. 5. De hier-boven vermelde verantwoordelijkheid houdt op, indien de vader en de moeder, de schoolonderwijzers en werkmeesters bewijzen dat de daad, voor welke zij aansprakelijk zouden zijn, niet hebben kunnen beletten.

151. De Pinto, A., deel 2 (1838), p. 370. Toullier, C.B.M., deel 11 (1824), p. 279-280.

152. Zie hoofdstuk 3 § 4.A. De Pinto, A., deel 2 (1838), p. 370. Toullier, C.B.M., deel 11 (1824), nr. 279-281; Delvincourt, deel 8, nr. 454 en 455.

153. *Weekblad van het Recht* 2031 (1859), p. 4; zie ook hoofdstuk 5 § 2.B.

naar de Franse discussie¹⁵⁴. Ook andere werken, van De Martini, van Van Hasselt en van Lipman gaan niet in op een aansprakelijkheid voor zaken¹⁵⁵. Ook in Opzoo-
mers eerste (driedelige) commentaar ontbreekt een stellingname¹⁵⁶. Uit de commenta-
ren kan worden afgeleid dat, zo men al aan een aansprakelijkheid voor zaken dacht, die
aansprakelijkheid niet afweek van de artikelen 1401-1402. Indien een afwijking van het
schuldvereiste was bedoeld, dan zou dit expliciet in de wetgeving uitgedrukt moeten
zijn.

B. 1850: BEVESTIGING IN RECHTSPRAAK

Het impliciete standpunt, dat er een aansprakelijkheid voor alle zaken in artikel 1403
ligt besloten, maar dat voor het bereiken van die aansprakelijkheid wel schuld is vereist,
wordt in de rechtspraak bevestigd. Een arrest uit 1850¹⁵⁷ wordt in latere negentiende
eeuwse commentaren vaak aangehaald als illustratie. Sprake was van een in de Rotter-
damse haven leeggestoten schip. De schipper sprak de gemeente Rotterdam aan ter
vergoeding van de schade, en baseerde zijn vordering op artikel 1403. De rechtbank
wees de vordering af omdat de schipper er niet in slaagde te bewijzen dat het ongeluk
te wijten was aan de schuld of de nalatigheid van de gemeente Rotterdam. Het Zuid-
Hollandse Provinciaal Gerechtshof daarentegen stelde dat schuld *besloten lag in de
feitelijke omstandigheden*, te weten de plaats van het gebeurde en het gegeven dat de
gemeente eigenaresse van de haven was en het beheer daarover had. Dit kon niet vol-
gens de Hoge Raad. Met deze door het Hof aangenomen omkering van de bewijslast
zou volgens de raad artikel 1902 geschonden zijn¹⁵⁸. Daarmee is door de Hoge Raad
uitgegaan van aanwezigheid van een schuldvereiste in artikel 1403. Volgens de Hoge
Raad zijn afwijkingen van deze regel, zoals een omkering van de bewijslast, alleen dan
toegestaan wanneer dit in wetgeving uitdrukkelijk is bepaald¹⁵⁹. Opvallend is de uit-
spraak van het Provinciaal Gerechtshof. Het Hof bewerkstelligt op deze wijze een
matiging van het schuldvereiste. Slechts weinig jaren na deze uitspraak zal de in de
inleiding al behandelde uitspraak over de Amsterdamse gasmaatschappij volgen. De
summiere uitleg die de Hoge Raad daarin gebruikt, is de aanzet tot een uitgebreide
discussie in de literatuur.

154. Asser, C., (1838), p. ix.

155. De Martini, G.J., (1840); Lipman, S.P. *Het Burgerlijk Wetboek voorafgegaan door de wet, houdende
algemeene bepalingen der wetgeving van het koninkrijk, vergeleken met het Romeinsche en het Fran-
sche regt* (1839); Van Hasselt, W.J.C., (1843).

156. Zie Opzoomer, C.W., *Het Burgerlijke Wetboek. Aanteekening op de artikelen, die thans nog verklaring
behoeven*, deel 3 (1852).

157. HR 7 november 1850, *Weekblad van het Recht* 1218 (1851), p. 2.

158. Artikel 1902. Een iegelijk die beweert eenig regt te hebben, of zich op eenig feit tot staving van zijn
regt, of tot tegenspraak van eens anders regt, beroept, moet het bestaan van dat regt, of van dat feit,
bewijzen.

159. Bij de uitleg van de aansprakelijkheid in de Spoorwegwet tegen het einde van de negentiende eeuw zal
dit artikel een belangrijk argument zijn om de grenzen van aansprakelijkheid niet al te veel op te
rekken. Zie hoofdstuk 6 § 2.B.

§ 3. Bezit geldt als volkomen titel: vele interpretaties van artikel 2014

De behandeling van het artikel 2014 in de commentaren na de codificatie wordt gekenmerkt door een grote verscheidenheid van ver uit elkaar lopende standpunten. In deze baaierd van interpretaties valt geen rode lijn te ontdekken, maar wel kunnen de standpunten die later, sinds 1870 tot de heersende werden reeds worden onderscheiden. Wel is sprake van een rode lijn in de wijze waarop de verschillende standpunten worden gevormd: het is de rechtshistorie die met name van belang is voor de interpretatie.

A. LITERATUUR

1. De Pinto

In 1838 stelt De Pinto dat artikel 2014 BW een noodzakelijke bepaling is, omdat roerende goederen van hand tot hand worden overgegeven, zonder dat enig schriftelijk stuk de overgave hoeft te staven. Zonder de bepaling zou handel onmogelijk worden, want 'niemand zou zich meer een roerend goed van enige waarde willen aanschaffen, indien hij ieder ogenblik aan het gevaar door uitwinning derzelve blootgesteld was.' De regel 'en fait de meubles possession vaut titre' is volgens De Pinto alleen van toepassing 'indien men eene roerende zaak voor zich-zelfen als eigenaar bezit (...)' Geen toepassing vindt het artikel wanneer voor een ander gehouden wordt¹⁶⁰. Dit schept alleen duidelijkheid over de betekenis van 'bezit.'

2. Goudsmit en Opzoomer

Goudsmit stelt, onder verwijzing naar Bourjon zoals deze wordt vermeld bij Troplong, dat de in 2014 genoemde zaken niet vatbaar zijn voor verjaring: "la possession d'un meuble, ne fût-elle que d'un jour." Artikel 2014 stelt alleen de noodzaak van bezit, ten einde tegen de revindicatie van de eigenaar te worden beschermd. Goede trouw van de bezitter is niet vereist. Dat zou niet stroken met de plaats van artikel 2014:

'alle deze vereischten betreffen de usucapio, terwijl de plaats waar onze regel voorkomt, een duidelijk blijk is dat het bezit op zich zelve beschouwd, onafhankelijk van elke hoedanigheid, ik zoude bijna zeggen het ongequalificeerd bezit, het middel is waardoor de reivindicatio wordt krachteloos gemaakt.'¹⁶¹

Bezit, uitgelegd conform artikel 585 BW¹⁶², wordt door Goudsmit eigenlijk gelijkgesteld met eigendom. Iedere eigenaar kan revindiceren, 'zoo lang hij eigenaar is, maar

160. De Pinto, A., deel 2 (1838), p. 507.

161. Goudsmit, J.E., Bespreking van: Van Boneval Faure, *Specimen inaugurale continens observationum ad tit. VII, Lib. IV Codicis Civilis Capita IV*. Groningae 1848, in: *Themis* 1848, p. 675-690.

162. Artikel 585. Door bezit wordt verstaan het houden of genieten eener zaak, welke iemand, of in persoon, of door een ander, in zijne magt heeft, als of zij hem toebehoorde.

nu gaat de eigendom door verlies van het feitelijk bezit verloren.’¹⁶³ Opzoomer over 2014¹⁶⁴:

‘De zin van onze bepaling is derhalve van dezen inhoud: ieder, die een roerend goed onder zich heeft, op welken grond en op welken wijze ook, heeft een titel, niet om zich als eigenaar te beschouwen, maar om de revindicatie van dat goed, even krachtig als ware hij eigenaar, af te slaan.’¹⁶⁵

Bij deze uitleg maakt Opzoomer, naar hij expliciet opmerkt, gebruik van de woorden der wet en de plaats van artikel 2014 in het BW. Opzoomer brengt artikel 2014 in verband met de bevrijdende verjaring (*prescriptio*), de afdeling waarin het artikel zowel in de Franse, als in de Nederlandse wetgeving is geplaatst. Het artikel geeft dan aan dat er sprake is van een verjaring van de revindicatie zonder het geringste tijdsverloop¹⁶⁶. Van verkrijgende verjaring (*usucapio*), zonder tijdsverloop (zoals door Goudsmit wordt voorgestaan) kan op systematische grond geen sprake zijn. Goudsmit reageert op Opzoomer en bespreekt onduidelijkheden in het Franse recht, waarbij hij de standpunten van Toullier, Troplong en Marcadé behandelt¹⁶⁷. Goudsmit stelt de bezitter aan de eigenaar gelijk. Opzoomer kende de bezitter slechts een verweer tegen de eigenaar toe. Goudsmit gebruikt wetssystematische, grammaticale en historische argumenten.

Was slechts een afweren van de revindicatie bedoeld, zoals Opzoomer meende, dan zou een plaats bij de revindicatie¹⁶⁸ meer voor de hand hebben gelegen. Daarnaast stelt Goudsmit zich tegen Opzoomers argument dat 2014 niet bij de verkrijgende verjaring is geplaatst, de tweede afdeling van titel 7. Waarom? In de Franse Code civil is artikel 2279 Cc in de afdeling ‘De quelques prescriptions particulières’ geplaatst, *niet* om het artikel van verkrijgende verjaring af te zonderen, maar om een onderscheid te maken met de in de Code civil voorgaande afdelingen betreffende ‘De la prescription trentenaire’ en ‘De la prescription par dix et vingt ans.’ Dit laat de mogelijkheid open artikel 2279 Cc/2014 BW als een verkrijgende verjaring te beschouwen¹⁶⁹.

Goudsmit's grammaticale argument houdt in dat de uitdrukking ‘bezit geldt als volkomen titel’ zeer ongelukkig gekozen was, wanneer de wetgever Opzoomers standpunt, afweering van revindicatie, ermee bedoeld had uit te drukken¹⁷⁰. Dit laatste argument is niet sterk, omdat het artikel nu juist geen enkel standpunt helder vertolkt. Wel een

163. Goudsmit, J.E., (1848), p. 683.

164. Opzoomer, C.W., deel 3 (1852), p. 316-324.

165. Opzoomer, C.W., deel 3 (1852), p. 321.

166. Opzoomer, C.W., deel 3 (1852), p. 317.

167. Goudsmit, J.E., Over de werking en den aard van het bezit van roerende goederen, naar aanleiding van art. 2014 BW., *Themis* 1854, p. 473.

168. Artikel 629. De eigenaar heeft het recht om de aan hem toebehoorende zaak van iederen houder terug te vorderen, in den staat waarin zij zich bevindt.

169. Goudsmit, J.E., (1854), p. 477; zie ook Toullier in hoofdstuk 3 § 4.B.

170. Goudsmit, J.E., (1854), p. 479.

krachtig argument heeft Goudsmit met zijn constatering dat in zijn uitleg de eigendom wordt verkregen¹⁷¹. Goudsmit verwijst naar een identiek verschil van mening in de Franse doctrine tussen Toullier en Troplong. De laatste huldigde hetzelfde standpunt als Goudsmit, en gebruikt daarvoor hetzelfde argument. Wetshistorische argumenten haalt Goudsmit tevens uit de geschiedenis van de totstandkoming van de Code civil. Dat Bourjon's standpunt in de Code civil opgenomen is blijkt voor Goudsmit uit enkele zinsneden van Bigot-Préameneu en Goupil-Préfeln¹⁷². Vervolgens behandelt Goudsmit enkele concrete vragen: wat onder 'bezit' in artikel 2014 BW wordt verstaan; of de goede trouw een vereiste is en of voor de toepassing van artikel 2014 een geldige titel is vereist. Achtereenvolgens zullen we deze punten in Goudsmits betoog behandelen.

Wat wordt in artikel 2014 verstaan onder 'bezit'? Wordt daarmee houderschap bedoeld, of het engere houden voor zichzelf ('*animo domini*')? Goudsmit meent het laatste, en plaats zijn standpunt tegenover het standpunt van Opzoomer, waarbij Goudsmit de Duitse rechtswetenschap betreft¹⁷³. De term 'bezit' in artikel 2014 moet gelezen worden in de zin van artikel 585, en betekent dan het houden van een zaak voor zich zelf, het 'burgerlijk bezit.' Moet bezit in artikel 2014 BW te goeder trouw zijn? Goudsmit: 'Deze vraag wordt bevestigend beantwoord behalve door vroegere auteurs over het Fransche recht door Marcadé (...), en zulks in strijd met de in Frankrijk nagenoeg algemeen gevestigde jurisprudentie.' Ook Delvincourt, Merlin en Troplong stelden goede trouw als vereiste, onder meer in navolging van Bourjon. Niettemin werd in de Franse rechtspraak de goede trouw echter *niet* vereist, zoals Marcadé met enige ontzetting vermeld¹⁷⁴. Goudsmit verwerpt het goede trouw-vereiste eveneens, stelt bij Bourjon dit vereiste niet te kunnen lezen, en stelt verder dat het beroep van de Franse juristen op artikel 1141 Cc¹⁷⁵, waar de eis van de goede trouw wel gesteld wordt, op wets-systematische grond volstrekt onjuist is. In artikel 1141 wordt de goede trouw terecht als eis gesteld ter voorkoming van dubbele verkoop. De goede trouw, door Troplong en Marcadé gesteld op grond van de 'eerlijkheid in de handel' is volgens Goudsmit nu

171. Onder het oude recht (voor 1992) was dit bij de heersende uitleg een probleem: bezit en eigendom waren duurzaam gescheiden. Beekhuis, J.H., in: *Asser-Beekhuis I*, zakenrecht (10e druk, 1975), p. 268 ev.

172. Goudsmit, J.E., (1854), p. 476 ev.

173. Goudsmit, J.E., (1854), p. 484 ev.

174. Marcadé, V., (1854), p. 248 en 250: 'La première condition requise, c'est que la possession soit de bonne foi. L'idée de la loi est d'excuser l'erreur, et nullement de favoriser la fraude.(...) Or, chose incroyable, si claires et si simples que soient ces idées, elles paraissent n'avoir jamais été comprises jusqu'à ce jour dans le monde judiciaire (...); Merlin, M., *Répertoire de jurisprudence*, deel 29, (5e druk, 1828), Revendication, p. 411: '(...) le propriétaire d'un effet mobilier ne peut le revendiquer sur le tiers possesseur qui l'a acquis de bonne foi du non propriétaire, que dans deux cas: dans celui ou cet effet a été perdu par le propriétaire, et dans celui ou il a été volé.'

175. Artikel 1141 Cc. Si la chose qu'on s'est obligé de donner ou de livrer à deux personnes successivement, est purement mobilière, celle des deux qui en a été mise en possession réelle est préférée et en demeure propriétaire, encore que son titre soit postérieur en date, pourvu toutefois que la possession soit de bonne foi.

juist een belemmerende factor (procedures), en dit is onderkend bij de totstandkoming van de Code civil¹⁷⁶. Ook een geldige titel is volgens Goudsmit niet vereist. De tekst van de wet spreekt dit tegen: waar bij verjaring de vereisten bezit, goede trouw en een geldige titel vereist, en in artikel 2014 spreekt over 'geldt als ...titel,' 'mogen wij dan behalve het bezit een titel eischen?'¹⁷⁷ Goudsmit verwerpt Marcadé's interpretatie: de vereisten voor verjaring, goede trouw en een geldige titel, worden niet in het eerste hoofdstuk van de twintigste titel van de Code civil, 'Dispositions générales' besproken, doch alleen bij de concrete tien- en twintigjarige verjaring. Uitbreiding bij wijze van analogie naar artikel 2279 Cc is daarom niet toegestaan¹⁷⁸. Opzoomer blijft vier jaar later in een reactie op Goudsmit's artikel bij de interpretatie die hij in 1852 gaf: 'Mijn vriend G. heeft de kracht van dit betoog volkomen gevat, zonder er echter door overtuigd te worden.'¹⁷⁹ Opzoomer verwijst kort naar Marcadé, met wiens standpunt het zijne grote overeenkomst vertoont¹⁸⁰.

3. Goudsmit en Philips

Philips staat een ruim begrip van het in artikel 2014 genoemde bezit voor en begrijpt daaronder ook de houder. Hij neemt daarmee hetzelfde standpunt in als Opzoomer.

'Enkel van verloren of gestolen goed kan eene vindicatie plaats hebben; geene andere roerende zaken kunnen het voorwerp van die actie zijn. Hij die eene, niet gestolen of verloren, roerende zaak in zijne magt heeft is daarvan steeds de eigenaar, onverschillig of hij houder, bezitter ad interdicta of bezitter ad usucapionem zij. Die derhalve eene roerende zaak vrijwillig uit zijne magt geeft verliest de vindicatie; die eene zaak tegen zijnen wil onteert kan ze terugvorderen. Waaruit volgt dat de eigendom eener roerende zaak verkregen wordt door iedere overgave der zaak, uit welke oorzaak ook geschied. Met het wegvallen der vindicatie vervalt immers ook het eigendom, daar het juist het toekennen van beschermende regtsmiddelen is wat een toestand tot een regt maakt.'¹⁸¹

Maar anders dan bij Opzoomer, kent Philips de *eigendom* toe, zoals ook Goudsmit deed. Philips is de eerste die de gelijkstelling van bezit met eigendom als *Germaans-rechtelijk* betiteld¹⁸². Juist de onderbouwing van dit standpunt zal door Goudsmit met

176. Goudsmit, J.E., (1854), p. 491.

177. Goudsmit, J.E., (1854), p. 493.

178. Marcadé, V., (1854), p. 250; hoofdstuk 3 § 4.B.

179. Opzoomer, C.W., Over den aard en de werking van het bezit van roerende goederen, naar aanleiding van art. 2014 BW, *Themis* 1856, p. 96.

180. Opzoomer, C.W., (1856), p. 108.

181. Philips, Aug., (1849), p. 41-42.

182. Philips, Aug., (1849), p. 43. Van één Germaansrechtelijk stelsel is in het geheel geen sprake. Zie daarover Scholten, P., *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht*, deel 2, zakenrecht (5e druk, 1913), p. 73. Karakteristiek voor dit 'Germaanse recht' is dat bescherming wordt verleend aan ieder die bezit, die een 'gewere' heeft over een zaak. Wordt een zaak vrijwillig uit handen gegeven, dan onteert degene die de zaak uit handen gaf de mogelijkheid om de

kracht worden bestreden. Philips beroept zich vooral op de Duitse rechtswetenschap, met name Hugo, Puchta, Mittermaier, Phillips en Bethman-Hollweg. 'Ontijdige romansering!' reageert Goudsmit in 1854, onder verwijzing naar Savigny: houders, rechthebbenden op andere zakelijke rechten, zoals de vruchtgebruiker, hebben eigen rechtsmiddelen tegen een stoornis in de uitoefening van hun recht en hebben de bescherming van 2014 niet nodig¹⁸³.

4. Diephuis

Diephuis is in tegenstelling tot Opzoomer niet van mening dat artikel 2014 BW iets met verjaring te maken zou hebben:

'Welke nu ook de zin mag zijn, dien men aan deze bepaling meent te moeten geven, in allen gevalle komt met opzigt tot die goederen geene verjaring te pas.(...) De bezitter heeft door zijn bezit alles wat hij noodig heeft; verjaring komt hier dus niet te pas; zij zou hem niet meer geven dan hij reeds zonder haar heeft.'¹⁸⁴

Wat betekent artikel 2014 voor Diephuis wel? Diephuis: '(...) het komt mij voor, dat onze wetgever daardoor het bezit heeft willen doen gelden als het volkomen bewijs van eigendom, en alzoo den bezitter als eigenaar behandeld wil hebben.'¹⁸⁵ 'Is nu het bezit op zich zelf het volkomen bewijs van eigendom, zoo is ook de bezitter daardoor in het oog der wet volkomen eigenaar.' Bezit vat Diephuis op in enge zin (houden voor zichzelf), omdat dit in het algemeen de zin is waarin de wet van bezit spreekt¹⁸⁶. Van verjaring is in het geheel geen sprake, en hij verwerpt dan ook de opvatting van Toulhier, die een verjaring voor roerende goederen in artikel 2279 Cc had gelezen, waarvoor titel noch goede trouw een vereiste was¹⁸⁷.

5. Coninck Liefsting en Faber

De gelijkstelling van bezit aan eigendom (het Germaanse beginsel) is voor Coninck Liefsting net als voor Philips en voor Diephuis, het leidende beginsel:

182.→

zaak terug te vorderen van een derde (die dan een gewere heeft). Romeins recht verdringt door receptie deze inheemse opvatting, en het recht om de zaak onder een derde op te vorderen, verschijnt. Zo bijvoorbeeld bij Hugo de Groot, die stelt dat 'den eygendom bestaet in dat regt om weder te bekomen het verloren bezit.' Zelfs zou de eigenaar dat hebben tegen een bezitter te goeder trouw, zo voegt hij daaraan toe. De Groot, H., (1952), II.3.4 en II.3.5.

183. Goudsmit, J.E., (1854), p. 484 ev.

184. Diephuis, G., *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt naar de volgorde van het burgerlijk wetboek* (1856-1859), deel 9, nr. 626 en deel 3, nr. 205 ev. en 294 ev.

185. Diephuis, G., (1856-1859) deel 3, p. 87-88.

186. Zie boven § 3.A.2 en § 3.A.3.

187. Zie hoofdstuk 3 § 4.B.

'Het Romeinsche recht onderscheidde ook bij roerende zaken eigendom en bezit; ons recht daarentegen vereenigt beide rechten met betrekking tot roerende zaken. Eenvoudig bezit geldt volgens art. 2014 B.W. als volkomen titel van eigendom. Dit is het Oud-Germaansche beginsel, dat geen bezit van eigendom onderscheidde. (...) De rechthebbende op de zaak (eigenaar en bezitter tegelijk), die zijn goed aan een ander toevertrouwt en dat in zijn feitelijk bezit overbrengt, verliest volgens Germaansche beginselen zijn zakelijk recht, dat is, het recht om dat goed van elken houder terug te vorderen, om daarvoor terug te bekomen eene persoonlijke vordering tegen hem aan wien hij het toevertrouwt, zoolang het in het vermogen van dezen is, en recht op schadevergoeding, indien hij het uit nalatigheid of ter kwader trouw aan anderen mocht overdragen.' ¹⁸⁸

Het zou juist dit Germaanse beginsel zijn dat in de Code civil in artikel 2279 werd opgenomen en zoals dat eveneens door Bourjon werd verwoord. 'Bezit alleen,' zegt Coninck Liefsting, 'bevat in zich den meest volkomen titel van zakelijk recht op roerend goed.' ¹⁸⁹ Hij verwijst naar Delvincourt, Aubry en Rau, Duranton, Marcadé, Troplong en Merlin, en citeert uit de geschiedenis van de totstandkoming van de Code civil. Merlin identificeert lang niet zo stellig bezit met eigendom, en ziet beide begrippen wel degelijk gescheiden: '(...) le propriétaire d'un effet mobilier ne peut le revendiquer sur le tiers possesseur qui l'a acquis de bonne foi du non propriétaire (...)'. ¹⁹⁰ Liefsting zet zich sterk af tegen Toullier, wiens 'vermoeden van eigendom' volgens hem geheel onjuist is ¹⁹¹. In het Nederlandse Burgerlijk Wetboek is deze Germaansrechtelijke betekenis overgenomen. Ook systematische argumenten legt hij ten grondslag aan zijn standpunt: 'De artikelen uit den titel over het bezit, die op roerende goederen betrekking hebben, zijn voor het meerendeel in overeenstemming gebracht met het beginsel van art. 2014 B.W.' ¹⁹²

Faber bespreekt Coninck Liefstings *Bezitrecht*. Faber legt 2014 uit op een manier die modern aandoet. Zijn standpunt lijkt veel op de later door Scholten aangehangen, en nog later door de Hoge Raad geaccepteerde legitimatieleer. 'Ach, wat had hij er weinig succes mee in die dagen!' verzuchtte Van Oven in 1908 ¹⁹³. En zo was het: de meeste interpretaties gingen uit van een gelijkstelling van bezit met eigendom, en in deze Germaansrechtelijke overheersing werd Faber's afwijkende mening nauwelijks opgemerkt. Het is het stelsel van de wet als geheel dat zich tegen een gelijkstelling van eigendom met bezit verzet, aldus Faber. Daartoe wijst hij op een aantal artikelen uit het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en het Wetboek van Koophandel. Artikel 230 K, waarin een reclamerecht is neergelegd; artikel 638 BW,

188. Coninck Liefsting, F.B., *De algemeene beginselen van het bezitrecht en de Nederlandsche bezitactiën* (1869), p. 486-487.

189. Coninck Liefsting, F.B., (1869), p. 536-537.

190. Merlin, M., *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence* (5e druk, 1828), deel 29, Revendication § 1, v, p. 411.

191. Coninck Liefsting, F.B., (1869), p. 552; zie boven onder hoofdstuk 3 § 4.B.

192. Coninck Liefsting, F.B., (1869), p. 543.

193. Van Oven, J.C., Artikel 2014 en de bezitsbescherming van roerend goed, *WPNR* 2016 (1908), p. 419.

waarin aan de eigenaar het recht wordt gegeven 'in zee geworpene en door de zee opgeworpene' goederen terug te vorderen; de artikelen 1652 en 1766 BW met een recht van retentie; artikel 1778 BW dat de uitlener eigenaar laat blijven, en voorts de artikelen over het pandrecht (1198 BW ev.) maken alle dat er volgens Faber wel degelijk sprake is van een van het bezit onafhankelijk recht van eigendom met betrekking tot roerende goederen¹⁹⁴. Faber legt de regel 'possession vaut titre' als volgt uit:

'dat hij, die een roerende zaak als eigenaar verkrijgt, den titel van dengene, die hem in het bezit stelt, niet behoeft te onderzoeken, zoodat diens bezit geldt voor titel.'¹⁹⁵

Bezit *geldt* voor titel betekent echter niet hetzelfde als eigendom:

'De eigenaar blijft dit, al draagt hij het bezit aan een ander over. Misbruikt deze het vertrouwen, door den eigenaar in hem gesteld, en gedraagt hij zich tegenover een derde als eigenaar, hem het bezit overdragende, dan geldt de regel *mobilier non habent sequelam, Hand muss Hand wahren, possession vaut titre*, of hoe zij verder luiden.'¹⁹⁶

De verkrijger wordt dan in Fabers standpunt eigenaar. Faber's standpunt vond in die jaren geen bijval, het is de Germaansrechtelijke uitleg die in de 'leer van Diephuis' de heersende zal worden. Maar vooralsnog niet meer dan een heersende leer in de literatuur. De (weinige) rechtspraak van de Hoge Raad wijst in die jaren minder op die Germaansrechtelijke uitleg.

B. RECHTSpraak

Twee maal in de besproken periode laat de Hoge Raad zich uit over artikel 2014¹⁹⁷. In de eerste van die twee arresten, in 1846¹⁹⁸, wordt een uitleg gegeven aan het begrip 'bezit.' De Hoge Raad stelt zich op het standpunt dat onder bezit slechts het houden voor zichzelf als eigenaar wordt begrepen. In een arrest uit 1855¹⁹⁹ bevestigt de Hoge Raad deze opvatting, doch voegt daarnaast nog de eis van de goede trouw toe. Dat vereiste werd door De Pinto niet genoemd, door Goudsmit ten stelligste verworpen, maar door de Franse schrijvers eensluidend geaccepteerd. De uitleg van artikel 2014 in het arrest van de Hoge Raad doet sterk denken aan Marcadé's uitleg, die een voorstander was van een prescription instantanée, een onmiddellijke verjaring:

194. Faber, J.G.A., Vier opmerkingen over bezit. Naar aanleiding van Mr. Coninck Liefsting's *Bezitrecht*, *Themis* 1871, p. 6.

195. Faber, J.G.A., (1871), p. 1.

196. Faber, J.G.A., (1871), p. 8.

197. Zie daarover Salomons, A.F., *De interpretatiegeschiedenis van art. 2014 BW (1838-1945)*, (1990), p. 31-33; reeds eerder door: E.M. Meijers, De rechtspraak van den Hoogen Raad omtrent "bezit geldt als volkomen titel" in: *WPNR* 3026-3027 (1927), en in: *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen II*, p. 138-151.

198. HR 3 april 1846, *W.* 707.

199. HR 29 juni 1855, in: Van den Honert, *Burgerlijk Recht*, deel 19, p. 337.

'O, nu, dat bezit ter goeder trouw animo domini als eigenaar, met betrekking tot roerende goederen, die noch in renten, noch in inschulden bestaan, welke niet aan toonder betaalbaar zijn, niet slechts geeft een vermoeden van eigendom maar dat zoodanig bezit, ingevolge de uitdrukkelijke bepaling van art. 2014, al. 1 BW geldt als volkomen titel, die elke terugvordering tegen den bezitter uitsluit, van het oogenblik, waarop deze het roerend goed, als eigenaar, ter goeder trouw bezit, omdat door dit bezit eene onmiddellijke verjaring plaats vindt, waardoor de eigendom verkregen wordt.'

Geen vermoeden van eigendom (zoals door Toullier werd voorgestaan) maar méér dan dat: een onmiddellijke verkrijging door verjaring. De meningen in de literatuur sluiten zich nauwelijks aan bij de uitleg van de Hoge Raad.

§ 4. Publiek domein

A. IMPLICIETE ACCEPTATIE VAN EEN FRANSE BENADERING

In de eerste commentaren na 1838 wordt geen onderscheid gemaakt tussen een privaatrechtelijke en een publiekrechtelijke benadering van publiek domein. Wel worden de afzonderlijke artikelen besproken. Daarbij wordt dan door de schrijvers meestal teruggegrepen op dezelfde punten die ook bij Voorduin aan de orde kwamen. Soms wordt er echter in het geheel niet op de artikelen ingegaan, zoals bij Van Hasselt²⁰⁰, terwijl De Martini slechts een korte opmerking maakt over de laatste zin van artikel 577 BW in vergelijking met het Franse artikel 538 Cc²⁰¹. De Pinto komt door middel van een enge definitie van het begrip zaken in artikel 555 BW tot twee vormen van toebehoren: eigendom, en een 'overheidseigendom,' zo althans komt dit in De Pinto's omschrijving naar voren. Onder *zaken* als bedoeld in artikel 555 worden volgens De Pinto alle goederen verstaan, die het voorwerp van eigendom kunnen zijn. Daaronder vallen volgens hem niet die zaken waarop mensen geen recht, en dus *ook* niet dat van eigendom kunnen uitoefenen. Als voorbeeld van een dergelijke zaak noemt de Pinto de zaken die buiten de handel zijn:

'Maar onder zaken verstaat de wet niet die zaken of regten, waarop de menschen geen regt en dus ook niet dat van eigendom kunnen uitoefenen; zoo als de zaken, welke niet in den handel zijn, welke men niet bezitten (art. 593), en waarvan men nog veel minder eigenaar zijn kan, b.v. de zon, de maan, de zee, enz.; waartoe almede behooren de zaken, waarvan de eigendom aan den Staat of sommige mindere zedelijke lichamen toebehoort, en welke tot aller gebruik dienen, bij de Romeinen *res publicae* genoemd; deze zijn dus in den regtskundigen zin geene zaken.'²⁰²

De Pinto gebruikt de term *eigendom* in dit citaat in twee betekenissen. Een *privaatrechtelijke* eigendom, en een overheidseigendom (van de in het citaat genoemde *res*

200. Van Hasselt, W.J.C., (1843), p. 99-101.

201. De Martini, G.J., (1840), p. 375-376, en p. 5-6. Zie ook § 1.

202. De Pinto, A., deel 2 (1838), p. 162.

publicae). Dit standpunt wordt bevestigd in De Pinto's analyse van de artikelen 577-581 BW. Daarin vergelijkt hij de in zijn ogen betere redactie van het artikel 577 BW met het Franse artikel 538 Cc. Ook Asser was reeds ingegaan op dit verschil. In het Franse artikel worden 'de aanwassen, gorsingen en de schorren, door de zee aan de stranden en aan de oevers der rivieren, alwaar ebbe en vloed gaat, aangespoeld' (in artikel 652 jo 651 BW) vermeld. Deze zaken worden behandeld bij 'Eigendom', zijn 'dus thans aan het gemeene regt onderworpen.'²⁰³ Aannemelijk is dat ook De Pinto twee vormen van toebehoren ziet: eigendom, de privaatrechtelijke vorm van toebehoren ('het gemeene regt') en een publiekrechtelijke vorm van toebehoren, waarbij de staat de enig mogelijke rechthebbende is.

Over zaken buiten de handel verschilt De Pinto met Asser van mening. Zag Asser nog geen direct nut in het criterium 'openbare bestemming' (hij noemde het wel), De Pinto onderschrijft dit criterium wel, maar laat aan de rechter over om in elk concreet geval uit te maken welke zaak buiten de handel is²⁰⁴. Voor de vraag welke zaken dan buiten de handel zijn, verwijst De Pinto naar Toullier²⁰⁵. Toullier legt daar de verbinding tussen zaken buiten de handel en de zaken die opgesomd worden in artikel 538 en 540 Cc, de Franse equivalenten van de Nederlandse artikelen, respectievelijk 577 en 579 BW.

'Les biens hors du commerce sont ceux qui ne sont pas susceptible d'une propriété privée, et ceux qui, quoiqu'ils sont susceptibles, sont naturellement consacrés a des usages publics incompatibles avec une propriété privée, mais qui rentrent dans le commerce aussitôt que cesse leur destination.

Tels sont les chemins, routes et rues, les édifices publics, les églises, les portes, murs fossés et remparts des places de guerre et des forteresses.'

De in artikel 577 en 579 genoemde en aan de staat behorende zaken zijn buiten de handel. Dat is niet in de tekst van de wet te vinden. Deze kwalificatie kan pas worden gemaakt als het criterium 'openbare bestemming' wordt toegepast. Toullier doet dat met zoveel woorden.

Met deze analyses van standpunten na de codificatie is het volgende duidelijk geworden: uit de samenhang tussen de besprekingen van zaken buiten de handel enerzijds, en zaken die aan de staat behoren anderzijds, volgt dat er aan twee vormen van toebehoren werd gedacht. Door de verwijzingen naar de Franse Code civil en het commentaar van Toullier wordt deze tweedeling expliciet. Wat echter in de Nederlandse commentaren ontbreekt is een expliciete directe verbinding tussen zaken die aan de staat behoren (artikel 577 BW) en zaken buiten de handel (diverse bepalingen). Toullier was over het verband

203. De Pinto, A., deel 1 (1838), p. 113; deel 2 (1838), p. 165-166.

204. De Pinto, A., deel 2 (1838), p. 170.

205. De Pinto, A., deel 2 (1838), p. 359. Toullier, C.B.M., deel 3 (1820), nr. 39.

duidelijk. Door Diephuis zal kort nadien, in 1846, en in 1856 het onderscheid tussen de twee vormen van toebehoren zeer vervagen.

B. DIEPHUIS

Diephuis gebruikt een ruimere definitie van het begrip 'zaak' in artikel 555 BW dan De Pinto en Asser in navolging van Voorduin²⁰⁶. Diephuis stelt dat 'zaken buiten de handel' ook zaken zijn in de zin van artikel 555 BW. Het gevolg daarvan is dat ook die zaken die aan de staat behoren, onderworpen kunnen zijn aan privaatrechtelijke eigendom:

'Maar hetgeen de Romeinen *res communes* noemden, waarvan wel is waar allen genot hadden, maar niemand eigendom kon verkrijgen, als: de lucht, de zon, de maan, de zee enz., kan naar onze wet niet onder de zaken gerekend worden, juist omdat het geen voorwerp van eigendom zijn kan. De Pinto neemt dit ook aan van zaken, waarvan de eigendom aan den Staat of sommige mindere zedelijke lichamen toebehoort, en welke tot aller gebruik dienen, bij de Romeinen *res publicae* genoemd. Maar ofschoon het ontwerp van 1823 en het Wetboek van 1830 spraken van zaken, die het voorwerp konden uitmaken van openbaren of afzonderlijken eigendom, en deze redactie later bekort is, zoo is het toch wel ontegenzeggelijk, dat zaken, waarvan de eigendom aan den Staat behoort, een voorwerp van eigendom zijn.'²⁰⁷

Twee punten in dit citaat zijn belangrijk. In de eerste plaats dat Diephuis' ruimere definitie van het begrip 'zaak' de zaken buiten de handel onder de reikwijdte van het eigendomsbegrip uit het Burgerlijk Wetboek brengt. In de tweede plaats dat Diephuis gebruik maakt van het in oorsprong Romeinsrechtelijk criterium 'tot aller gebruik dienen.' Zaken die tot publiek domein behoren, waaronder de in artikel 577 BW genoemde zaken, zijn volgens Diephuis buiten de handel.

Twee soorten zaken kunnen aan de staat behoren: zaken waarvan de staat eigenaar is geworden, en, ten tweede zaken waarvan 'derzelver aard of toestand haar tot eigendom van den staat maakt, doordien alle zoodanige zaken, volgens de wet, aan den staat moeten toebehooren.'²⁰⁸ Het is de laatste soort zaken die door Diephuis weer wordt onderverdeeld in voor ons interessante categorieën: zaken 'die wegens haren toestand eigendom van den staat worden, schoon zij daarna niets eigenaardigs hebben, dat haar aan den staat verbindt, zoodat zij ook in den handel blijven, en het eigendom van bijzondere personen worden kunnen' (Diephuis verwijst naar de in artikel 576 BW genoemde zaken), en, in de tweede plaats zaken die 'het eigendom van den staat zijn, en blijven zullen zoo lang zij niet van aard veranderen.' (Diephuis verwijst hier naar de in artikel 577 BW genoemde zaken)²⁰⁹. Het is die laatste categorie zaken, publiek do-

206. Zie hoofdstuk 3 § 4.

207. Diephuis, G., deel 3 (1846), p. 5; evenzo in de tweede druk (1856-1859), p. 8-9.

208. Diephuis, G., deel 3 (1846), p. 40. Aldus wordt door Diephuis dezelfde constructie voorgestaan als in het nieuwe Burgerlijk Wetboek in de artikelen 25 tot en met 28 boek 5.

209. Diephuis, G., deel 3 (1846), p. 40-41.

mein, die door Diephuis als 'buiten de handel' aangemerkt wordt. Diephuis verwijst naar Toullier en Duranton. Toullier gebruikt een wat andere indeling voor zaken die aan de staat behoren. Zijn eerste onderscheidend criterium voor publiek domein is de vatbaarheid voor eigendom van private personen ('*propriété privée*')²¹⁰. De in artikel 538 Cc genoemde zaken zijn daarvan een voorbeeld: zij behoren 'au souverain de la nation, moins à titre de propriété qu'à titre de souveraineté.'²¹¹ Diephuis gaat minder ver dan Toullier, wanneer hij de privaatrechtelijke eigendom van de in artikel 577 BW genoemde zaken, die iets 'eigenaardigs' hebben, mogelijk acht.

In zijn analyse van de categorie 'zaken buiten de handel' verwijst Diephuis naar Voorduin, en zet zich af tegen De Pinto en Königswarter²¹². De laatste had zaken buiten de handel buiten het privaatrecht geplaatst (zoals ook De Pinto had gedaan): '*choses qui sont (...) hors le commerce, (...) ne peuvent être l'objet de droit civil.*' In artikel 555 BW, stelt Diephuis, wordt over voorwerp van *eigendom*, en niet over *bezit* (zoals in artikel 593 BW) gesproken. Een ander grammaticaal en systematisch argument is artikel 593 BW. Als onmogelijkheid van bezit impliceert dat eveneens geen zakelijke rechten kunnen bestaan, dan zou het tweede lid van artikel 593 BW, waarin de mogelijkheid van erfdiensbaarheid wordt geboden²¹³, met het eerste in strijd zijn. Volgens Diephuis kunnen zaken die niet in de handel zijn weliswaar niet verkocht of overgedragen worden, maar daaruit volgt dan nog niet dat zij geen voorwerp van eigendom kunnen zijn: zij zijn 'juist een voorwerp van eigendom en als zoodanig niet in den handel.'²¹⁴

Maar waarom zijn de in artikel 577 BW genoemde zaken buiten de handel? Het is door het gebruik van het criterium 'openbare bestemming' dat Diephuis nog een scherp onderscheid kan maken tussen publiek en privaat domein. Ontbreekt de openbare bestemming, dan gelden de beperkingen van de zaken buiten de handel niet. De in artikel 577 BW genoemde zaken behoren dan niet aan de staat als 'buiten de handel,' maar in gewone privaatrechtelijke eigendom. Een en ander komt fraai tot uitdrukking in volgende, wat uitgebreide citaat.

'Behalve eene stellige wetsbepaling kan ook de bestemming der zaken haar buiten den handel stellen. Hierin heeft men dan ook vooral bij de beraadslagingen het kenmerk gezocht, en wel in hare bestemming tot algemeen gebruik of de openbare dienst. Te weten, niet alle zaken, den staat of eenig ander zedelijk ligchaam toebehoorende, zijn buiten den handel, maar die, welke de wet wegens hare bestemming tot het eigendom van den staat of eenig ander zedelijk ligchaam verklaart; zoo zij, zijnde hetgeen zij zijn, aan geen' ander kunnen toebehooren. Al wat aan den staat behoort krachtens een gewoon regt van eigendom, is even goed in den handel als wanneer een particulier daarvan eigenaar is. Gronderven en andere onroerende zaken, die onbeheerd zijn

210. Toullier, C.B.M., deel 3, (1820), nr. 30-36.

211. Toullier, C.B.M., deel 3 (1820), nr. 37, p. 22-23.

212. Die overigens in Nederland heeft gestudeerd en lid van de Amsterdamse balie was. Zie *Themis* 1852, p. 609.

213. Zie hoofdstuk 2 § 4.

214. Diephuis, G., deel 3 (1856-1859), p. 6.

en geen eigenaar hebben, behooren, volgens art. 576 B.W., aan den staat, maar zijn niet buiten den handel, omdat zij eenvoudig aan den staat zijn toegekend, dewijl zij aan geen' ander toebehooren, maar nu dan ook in den staat een eigenaar hebben zonder door hunne toestemming daaraan verbonden te zijn. Maar volgens art. 577 B.W. behooren insgelijks aan den staat de wegen en de straten, welke te zijnen laste zijn, de stranden der zee, enz. Deze behooren als zoodanig aan den staat, omdat zij zijn wegen, straten, stranden. Niet die weg, dat strand heeft den staat tot eigenaar, maar al wat weg is ten laste van den staat, al wat strand is behoort aan den staat, kan dus geen anderen eigenaar hebben, en moet alzoo noodwendig als zoodanig onvervreemdbaar en buiten den handel zijn.

Daar zoodanige zaken buiten den handel zijn, als behorende noodwendig aan den staat enz., omdat zij, zijnde hetgeen ze zijn, aan geen' ander kunnen toebehooren, zoo volgt tevens, dat zij alleen buiten den handel zijn zoolang ze dien aard of die bestemming behouden. Houdt een weg op weg te zijn, zoo houdt hij tevens op als zoodanig noodwendig aan den staat toe te behooren, wordt eene eenvoudige bezitting van den staat, maar kan ook een anderen eigenaar hebben, en is alzoo in den handel.²¹⁵

Hoewel Diephuis later expliciet afstand zal nemen van het gebruik van Romeins recht bij de uitleg van Nederlandse bepalingen en ook in zijn eerdere werk weinig van dat recht gebruik maakt, past hij het in dit geval toe²¹⁶.

§ 5. Conclusies

A. KWANTITATIEVE ANALYSE

Veel wordt verwezen naar Frans recht: door De Pinto evenveel als naar Nederlandse bronnen, door Diephuis zelfs met 60%. Een gemiddelde over de eerste 12 jaar na de codificatie in *Themis* geeft voor het Franse recht een percentage van 21%. Dat geeft aan dat de mate van gerichtheid op het Franse recht aanzienlijk was. Datzelfde geldt voor het Romeinse recht (in *Themis* 22%; De Pinto 15%). Diephuis maakt weinig gebruik van het Romeinse recht. Ook in de inhoudsopgaven van *Themis* is sprake van een (lichte) gerichtheid op het Franse recht. De oriëntatie op het Franse recht is het meest opvallend.

B. ONTLEENDE ASPECTEN

Kort samengevat zijn de standpunten van de drie onderzochte leerstukken als volgt: een aansprakelijkheid voor zaken heeft zich nog niet gevormd, een enge uitleg lijkt het meest waarschijnlijk; artikel 2014 wordt in een aantal richtingen uitgelegd; zichtbaar wordt in de eerste commentaren dat er bij publiek domein van een anderssoortig eigendomsconcept sprake kan zijn. Hoe konden deze standpunten gevormd worden? De restrictieve uitleg van artikel 1403 (alleen bij wijze van expliciet genoemde uitzondering zou een aansprakelijkheid kunnen ontstaan buiten eigen toedoen of nalaten) wordt

215. Diephuis, G., deel 3 (1856-1859) p. 20-21.

216. Zie hoofdstuk 5 § 1.C.2.

zichtbaar met behulp van een onder het Franse recht gevoerde discussie over de aansprakelijkheid voor personen. De verscheidene Franse interpretaties van artikel 2279 Cc verschijnen na de codificatie in evenzovele interpretaties van het Nederlandse artikel 2014 in de literatuur. Bij publiek domein wordt eerst de redactie van de Nederlandse bepalingen vergeleken met die van de Franse artikelen, waarin een onderscheid tussen publiek domein en privaat domein wordt gemaakt. Dat onderscheid lijkt overgenomen in het Nederlandse recht; door Diephuis wordt dit onderscheid echter veel minder gemaakt, maar wel past hij nog een aan het Romeins recht ontleend criterium toe (openbaar nut) om de bepalingen over 'zaken buiten de handel' een betekenis te kunnen geven.

C. RECHTSVINDING

In de methoden van rechtsvinding zijn twee chronologische perioden te onderscheiden. Er is een eerste fase waarin nog sterk wordt geleund op de gedachte dat een bepaling alleen uitgelegd hoeft te worden indien sprake is van een afwijking van de overeenkomstige Franse bepaling (De Martini, Asser, De Pinto). Een tweede fase volgt, waarin ook de meerduidigheid van niet van de Franse tekst afwijkende bepalingen kon blijken (Diephuis, en meerdere auteurs over artikel 2014). De betekenis van het Nederlandse artikel kan slechts worden gegeven door stelling te nemen in een voordien door Franse juristen gevoerde discussie. Doordat dit Franse recht niet in de voorgaande periode is geëxpliciteerd, is een 'herhaling' van de Franse discussie in Nederland onvermijdelijk. Dat is de reden dat er zo veelvuldig expliciet van Franse commentaren gebruik is gemaakt. Dat het Burgerlijk Wetboek een vertaling is van de Franse Code civil speelt natuurlijk een belangrijke rol, maar maakt op zich zelf verwijzen niet noodzakelijk. De wetgever heeft slechts vertaald, zonder zich rekenschap te geven van de betekenissen die zogenaamd eenduidige bepalingen konden hebben. Alleen met behulp van de Franse rechtswetenschap kan de betekenis van de Nederlandse bepalingen worden achterhaald. Het Romeinse recht is voor uitleg van het Nederlandse recht van vergelijkbaar belang (maar in mindere mate).

D. RECHTSVERGELIJKING

Gebruik van andere rechtsstelsels is noodzakelijk om tot een uitleg van Nederlandse bepalingen te kunnen komen. Er is sprake van rechtsvergelijking om de betekenis van een Nederlandse bepaling te achterhalen: rechtsvergelijking als historische interpretatiemethode²¹⁷. In het geval van artikel 2014 is deze rechtshistorische interpretatiemethode zelfs een voorwaarde om een zinnige betekenis aan het artikel te kunnen geven. Van een nationale wetenschapsbeoefening was eigenlijk nauwelijks sprake, zo blijkt uit de verwevenheid van de Nederlandse uitleg met het Franse, en in mindere mate het

217. Zie: Hartkamp, A.S., *Wetsuitleg en rechtstoepassing na de invoering van het nieuw Burgerlijk Wetboek*, oratie Utrecht (1992), nr. 11

Romeinse recht. Van een nationale rechtswetenschap kan eerst in de volgende periode worden gesproken.

Legisme: rechtsvergelijking voor wenselijk recht (1850-1880)

§ 1. Inleiding

A. LEGISME

In de periode van 1850 tot 1880 vallen de hoogtijdagen van het legisme²¹⁸. Met een citaat kan dit legisme worden geïllustreerd. Aan het woord zijn Thorbecke en een van zijn studenten tijdens één van de eerste colleges administratief recht.

'Eens gebeurde het, dat een gevraagde, op een strijd tusschen twee wetsbepalingen gewezen, antwoordde, dat zij niet met elkander waren overeen te brengen. "indien gij gelijk hebt," zeide T., "dan heeft de wetgever in één van de twee artikelen eene ongerijmdheid gezegd." - "Ik geloof, dat de wetgever dit ook gedaan heeft," antwoordde de ondervraagde. T. hield een oogenblik op, zag hem strak aan, als om hem de gelegenheid te geven eene zoo stoute stelling terug te nemen, doch toen dit niet gebeurde, hervatte hij: "Ik geloof het ook."'²¹⁹

Dit citaat uit een werk van W.C.D. Olivier, een leerling van Thorbecke, geeft de ambivalentie weer van de rechtswetenschap in deze periode. Zij illustreert aan de ene kant de sterk op de autoriteit van de wetgever en op de tekst en systematiek van de wet gerichte rechtsvinding²²⁰. Zij brengt aan de andere kant naar voren dat in de wettekst

218. Kop, P.C., (1992), p. 2.

219. Olivier, W.C.D., *Herinneringen aan Mr. J.R. Thorbecke* (1872), p. 24. Zie voorts § 3.

220. Zie bijvoorbeeld Pitlo, A., (1958), p. 19: 'Men spreekt van legisme als men zich bij de interpretatie van de wet strak aan de tekst houdt.'; Scholten, P., (1931), p. 49, p. 8: 'de rustige verzekerdheid van velen in de 19e eeuw, dat rechtsvinding is wetstoepassing'; Van Dievoet, E., (1943), p. 111: 'alle privaatrecht (berust) op de wet'; Van Heijnsbergen, P., *Geschiedenis der rechtswetenschap in Nederland* (1925), p. 193: 'dat voor hen de wet de allesbeheersende grootheid is'; Coing, H., (1989), p. 31: 'Wer interpretiert, ist der Sklave des Gesetzes.'; veel genuanceerder Van den Bergh, G.C.J.J., (1994),

'ongerijmdheden' kunnen voorkomen. Wat moet de uitlegger doen in geval van een onduidelijke wettekst of een onduidelijke systematiek? De wetgever kan de redactie van het artikel of het samenstel van de artikelen verbeteren al dan niet op aangeven van de rechtswetenschap. In dat geval constateert de rechtswetenschap de onduidelijkheid, en laat de wetwijziging aan de wetgever. Een ruime interpretatie door de rechtswetenschap is onmogelijk omdat tekst en systeem van de wet zich daarmee niet verdragen. Gebruik van andere rechtsstelsels in de argumentatie lijkt lastig omdat tekst en systeem van de eigen wetgeving bovenal de uitleg bepalen.

Toch blijkt de privaatrechtswetenschap ook in deze periode mogelijkheden te bieden om andere rechtsstelsels te gebruiken. De rechtswetenschap kan twee doelen dienen. In de eerste plaats kan zij door interpretatie beredeneren wat het geldende recht is (*ius constitutum*); in de tweede plaats kan zij (indien bijvoorbeeld sprake was van een onduidelijkheid) het wenselijke recht beredeneren (*ius constituendum*)²²¹. Tekst en systeem staan minder op de voorgrond in de beredenering van dit wenselijke recht. Het is daarom eenvoudiger om andere rechtsstelsels in de argumentatie te gebruiken. Voorts is de strikte interpretatie met tekst en systeem van het BW (uiteraard) minder sterk aanwezig in het nieuwe administratiefrecht. Bij publiek domein wordt een sterk op tekst en systeem gebaseerde uitleg van civilisten overschaduwd door een uitleg uit het administratiefrecht. De laatste uitleg is de heersende uitleg die zeer sterk leunt op het Franse recht. Naast deze twee mogelijkheden om van ander recht gebruik te maken, blijft de historische uitlegmethode in gebruik.

Voor wij de analyse van de leerstukken voortzetten (§ 2 ev.), vervolgen we eerst met een korte tour d'horizon in een aantal gebieden. In de eerste plaats moet meer duidelijkheid geboden worden over het legisme (§ 1.B). In de tweede plaats behandel ik de methoden van interpretatie van Diephuis en Opzoomer (§ 1.C). In de derde plaats ga ik in op de rechtswetenschap in Frankrijk, België en Duitsland (§ 1.D). In de laatste inleidende paragraaf (§ 1.E) komt het gebruik van andere rechtsstelsels aan de orde.

B. HET GENUANCEERDE LEGISME

Uitgangspunt is de (heersende) opvatting over de beoefening van het privaatrecht in de periode 1850-1880. De meest gehoorde opvatting daarover is die waarbij de nadruk wordt gelegd op de aan tekst en systeem van de wet gebonden uitlegmethoden. Deze omschrijving doet geen recht aan de werkelijk gehanteerde uitlegmethoden, en lijkt

220.→

§ 5.5, met name p. 119, en Kop, P.C., (1992); zo ook Coing: 'Die vorherrschende Meinung ist wohl doch durch die kritische Wende am Ende des 19. Jahrhunderts noch zu stark beeinflusst.' p. 31. Zie ook voor een beschrijving van de legistische periode: Jaspers, T., *Rechtspreken in de maatschappij* (1980), p. 67 ev.

221. Zie Kop, P.C., (1992), p. 42.

eerder de latere 'vrije rechtsvinding' tegen het legisme af te willen zetten²²². Op beide kanten van het legisme, gebondenheid aan tekst en systeem enerzijds en de werkelijk gehanteerde uitlegmethoden anderzijds, wordt in het navolgende ingegaan.

De Nederlandse privaatrechtswetenschap in de tweede helft van de negentiende eeuw wordt gekarakteriseerd als gericht op tekst en systeem van de wet²²³. De gedachte is dat in die wettekst zelf de positieve verschijnselen besloten liggen, die door wetenschappelijk onderzoek geanalyseerd kunnen worden. Deze wijze van beoefening van wetenschap staat bekend als legisme of wetspositivisme. Zij komt niet uit het niets: enerzijds sluit zij aan bij een wetenschapsopvatting die bekend staat als het positivisme, anderzijds dwingt de exclusieve gelding van de privaatrechtelijke codificaties de rechtswetenschap zich op die nieuwe wettekst te richten²²⁴. Wij zagen een aanzet hiertoe in de artikelsgewijze benadering van de eerste commentaren van kort na 1838. Het verband met de verschillende methoden van rechtsvinding is duidelijk. Met name de dicht bij de tekst van de wet liggende uitlegmethoden, de grammaticale, de systematische, soms de wetshistorische, zullen voorop staan. Andere methoden van rechtsvinding die verder van tekst en systeem van de wet zijn gelegen (zoals een analoge toepassing van een wetsbepaling, of een teleologische uitleg) worden vooralsnog niet geaccepteerd. Zo lezen wij in 1885 bij Teixeira, bewerker van het handboek van De Pinto, over de uitleg van het begrip 'gebouw' in artikel 1405 BW:

'Men kan immers met Dalloz niet aannemen, dat bv een boom moet worden gelijk gesteld met een gebouw, al ware het maar alleen omdat de wet van het tweede wel, maar van het eerste niet spreekt.'²²⁵

Tekst en systeem prevaleren ook in de manier van becommentariëren van het Burgerlijk Wetboek door Opzoomer, in zijn *Aanteekening op de artikelen die thans nog verklaring behoeven* uit 1849. De titel spreekt bijna voor zich. In zijn voorwoord lezen we: 'De meeste bepalingen der wet zijn reeds toegelicht; ik zou eenvoudig moeten overnemen wat door onze uitleggers reeds ontwikkeld is en zich in ieders handen bevindt.'²²⁶ In eenzelfde richting voert een bespreking van het eerste commentaar van Diephuis *Het Nederlandsch burgerlijk regt, naar de volgorde van het Burgerlijk Wetboek* door Olivier in 1844. Diephuis heeft naar Oliviers mening veel te veel getracht de artikelen uit het

222. Zie bijvoorbeeld over deze tegenstelling tussen het legisme en de latere, opvolgende methode: Scholten, P., (1931), p. 242; voor de overgang van de periode van het legisme naar de volgende periode, waarin de rechtsvinding losser van de wet kwam te staan, Kop, P.C., (1992), p. 11, met name over de vergelijkbare overgang in Frankrijk. Daar waren het Geny en Saleilles die het legisme zo schril portretteerden. Zo ook: Coing, H., (1989), p. 35. Zie hoofdstuk 6.

223. Zie over het legisme de in de voetnoten van § 1.A aangehaalde literatuur, en met name: Kop, P.C., (1992).

224. Zie Kop, P.C., (1992), p. 1-2.

225. De Pinto, A., *Handleiding tot het burgerlijk wetboek* (6e druk, 1886), bewerkt door Teixeira de Mattos, p. 574.

226. Opzoomer, C.W., deel 1 (1849), voorrede.

BW 'te wenden en te wringen tot hetgeen de wetgever naar zijn oordeel heeft willen zeggen, ook wanneer zij eenvoudig, in hunne ware beteekenis genomen, dien zin niet hebben kunnen. Ik zou bijna kunnen zeggen dat de S. te veel eerbied voor de wet heeft en haar, haars ondanks, altijd voor verstandig houdt.'²²⁷ Volgens Olivier had Diephuis zich meer met de gebreken in de wetgeving moeten bezighouden. Diephuis geeft in zijn voorwoord al aan dat hij zich met wetsuitleg zal bezighouden: 'Ik heb mij vooral eene exegetische en dogmatische behandeling van het Burgerlijk Wetboek voorgesteld; en mij daartoe, in de eerste plaats, toegelegd op een naauwgezet onderzoek der wet zelve, (...)'²²⁸ Aan Oliviers commentaar is te zien dat een aan tekst en systeem vasthoudende uitleg niet zonder meer hoog aangeslagen werd. Op het beeld van de legistische beoefening van het privaatrecht zijn nuances aan te brengen. Dat zijn de volgende.

Ook voor de legistische jurist zijn de woorden van de wet nooit zonder meer duidelijk. Zij behoeven interpretatie. Van eenvoudige wetstoepassing is zelden sprake. In de volgende paragraaf zullen wij dit zien aan de belangrijkste vertegenwoordigers uit die periode, Diephuis en Opzoomer²²⁹. Beiden trachten altijd een zinvolle betekenis te geven aan wettelijke bepalingen en binnen tekst en systeem van de wet komen zij soms met zeer ruime interpretaties. Elk van de onderzochte onderwerpen toont deze ruime uitleg. Daarnaast is er een andere karakteristiek van het legisme waarop niet zo vaak wordt gewezen: de scheiding tussen het *ius constitutum* en het *ius constituendum*. Wanneer de wetenschap zich met de beredenering van het wenselijke recht bezig houdt, zijn tekst en systeem veel minder belangrijk. Tenslotte is er sprake van andere rechtsgebieden zoals het administratiefrecht die van invloed kunnen zijn op de privaatrechtswetenschap en een minder aan tekst en systeem van de wet gebonden uitleg kunnen laten prevaleren. Een voorbeeld is de acceptatie van Thorbecke's theorie van *domaine public*²³⁰. Aan de hand van een korte uiteenzetting over Diephuis en Opzoomer wordt één en ander geïllustreerd.

C. DIEPHUIS EN OPZOOMER

1. Invloed van Diephuis en Opzoomer op de privaatrechtswetenschap

Diephuis en Opzoomer zijn in die periode de meest invloedrijke Nederlandse juristen²³¹. Diephuis' *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt naar de volgorde van het Bur-*

227. Olivier, N., boekbespreking van Diephuis' *Het Nederlandsch burgerlijk regt naar de volgorde van het Burgerlijk Wetboek* deel 1 (1844), in: *Themis* 1844, p. 355-360.

228. Diephuis, G., deel 1 (1844), voorwoord p. iii.

229. Zie ook Kop, P.C., (1992), p. 4.

230. Zo bijvoorbeeld Thorbecke in zijn behandeling van publiek domein; § 4.

231. Zie over beide juristen: G. Diephuis, C.W. Opzoomer, 1892-1992. Een uitgave van de Stichting "Het Groningsch Rechtshistorisch Fonds", Groningen, 1992, waarin: Lokin, J.H.A., De taak van de rechtswetenschap volgens Diephuis en Opzoomer; Brunner, C.J.H., Was Diephuis een legist? Een herwaar-

gerlijk Wetboek krijgt van De Pinto in *Themis* een zeer lovende recensie. De Pinto merkt op: 'Onze wetgeving heeft meer dan één werk in het licht doen komen; de meeste van gering allooi. De Heer Diephuis heeft een beteren weg ingeslagen.'²³² Olivier, zo bleek reeds uit zijn recensie van Diephuis' werk uit 1844, heeft wel enig commentaar op het exegetische karakter van Diephuis' handboek²³³. De ontvangst van Opzoomers eersteling was veel slechter. Recensent Kappeyne van de Coppello besluit met de wens dat Opzoomer zich blijft wijden aan het burgerlijk recht, maar dan zo dat 'de mindere hoeveelheid van den oogst door zijne betere hoedanigheid wordt vergoed.'²³⁴ Waaraan schortte het? Kappeyne: 'Historische studie ontbreekt. Van de beide bronnen der Fransche, zoowel als van onze burgerlijke wetgeving, het Germaansche en het Romeinsche regt, legt de schrijver met het eerste geene bekendheid aan den dag, en past het laatste toe op eene wijze, die bezwaarlijk oordeelkundig mag heeten, of op de hoogte der wetenschap.'²³⁵ Het verschil in waardering tussen Opzoomer en Diephuis verdwijnt later. Opzoomer, zo schrijft Scholten in 1931, 'in zijn tijd achtte men hem zeker den eersten - wij zouden wellicht anders oordeelen.'²³⁶ Wat was het verschil tussen Diephuis en Opzoomer met betrekking tot hun invloed op het privaatrecht? Van den Bergh stelde deze vraag²³⁷. Aan de hand van de onderzochte onderwerpen blijkt het steeds Diephuis' mening te zijn die wordt geaccepteerd.

2. Interpretatiemethode van Diephuis en Opzoomer en de historische uitleg

Zowel Opzoomer als Diephuis laten er geen twijfel over bestaan dat alle burgerlijk recht in de wet gevonden moet worden. 'Het burgerlijk regt wordt bij ons geopenbaard en bepaald door en gekend uit de wet' vangt Diephuis zijn verhandeling over de rechtsbronnen van het Nederlandse burgerlijk recht aan²³⁸. Rechtspraak is geen zelfstandige bron: rechterlijke uitspraken hebben alleen tussen partijen gezag van gewijsde, 'het strekt zich niet verder uit, en is ten eenen male vreemd aan de wetenschappelijke waar-

231.→

dering na 100 jaar, p. 1-23; en Zwolve, W.J., Over oorzaak en titel bij Diephuis en Opzoomer, p. 45-59; zie ook Kop, P.C., (1992), p. 33 ev.; Veen, T.J. en P.C. Kop, *Zestig juristen* (1987), p. 215 (Diephuis) en p. 218 (Opzoomer).

232. De Pinto, A., bespreking van Diephuis, G., *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt, naar de volgorde van het Burgerlijk Wetboek* deel 1 (2e druk 1856), *Themis* 1857, p. 471-479.

233. Olivier, N., (1844), p. 356. Met een systematisch handboek zou volgens Olivier de wetenschap volgens hem meer gebaat zijn: 'een organisch geheel, waarin ieder deel zijne bepaalde plaats heeft, het eene in noodwendige orde op het andere volgt.'

234. Kappeyne van de Coppello, J., bespreking van Opzoomer, C.W., *Het Burgerlijk Wetboek. Aanteekening op de artikelen die thans nog verklaring behoeven* (1849), *Themis* 1849, p. 627.

235. Kappeyne van de Coppello, J., bespreking van Opzoomer, C.W., *Het Burgerlijk Wetboek. Aanteekening op de artikelen, die thans nog verklaring behoeven* deel 2 (1850), *Themis* 1850, p. 597.

236. Scholten, P., (1931), p. 239. Zie voorts over Opzoomer: Kop, P.C., (1992), hoofdstuk 4 § 2; *Zestig juristen* (1987), p. 218-224;

237. Van den Bergh, G.C.J.J., (1994), p. 123; hierover ook Brunner, C.J.H., (1992), passim.

238. Diephuis, G., deel 1 (1869), p. 19.

de van hetgeen de regter als zijne opvatting van de wet of het regt heeft voorgedragen. Ook dat iets meermalen en telkens op dezelfde wijze door den regter is aangenomen, zet daaraan geen gezag bij.' ²³⁹ Ook de gewoonte 'geldt bij ons niet als rechtsbron' ²⁴⁰. Over de vraag welke methoden van uitleg zijn toegestaan, spreken beiden zich uit. Rechtsvinding is volgens Diephuis bij uitstek de taak van de rechtswetenschap. 'Het regt wordt bepaald door de wet, en om het te kennen moet in de eerste plaats de wet gekend worden. Hiertoe is het niet genoeg dat men hare woorden kent, men moet haren zin verstaan, de gedachte kennen die de wetgever in haar heeft uitgedrukt.' ²⁴¹ Hoe kan de betekenis van de bepaling dan worden gekend? Een grammaticale, een logische en een historische wetsuitlegging komen Diephuis daarbij te hulp: 'de eerste heeft plaats voor zover men de gedachte des wetgevers uit de woorden eener wetsbepaling, de andere voor zoo ver men haar van elders, en in het bijzonder de historische, voor zoo ver men haar uit de rechtsgeschiedenis afleidt.' ²⁴²

Interessant is hier met name dat het Diephuis te doen is om de 'gedachte des wetgevers' te achterhalen. Daarin schuilt met name het verschil in (historische) interpretatie tussen Diephuis en Opzoomer. Bij Diephuis gaat het meer om de gedachte van de wetgever ten tijde van het vaststellen van de bepaling, bij Opzoomer echter om een andere historische interpretatie. In Opzoomers historische interpretatie speelt de wil van de wetgever geen rol. Laten wij nog even Opzoomer aan het woord over zijn interpretatiemethoden. Die benoemt Opzoomer iets anders dan Diephuis, maar zij dekken dezelfde lading. Opzoomer vermeldt de volgende, in navolging van Savigny: de grammaticale, de logische, de systematische en de historische methode.

'Nooit is de uitlegging iets anders dan "die Reconstruction des dem Gesetzen inwohnenden Gedankens." En altijd moeten er in haar, wil zij volledig zijn, vier elementen voorkomen, wier natuur door Savigny met juistheid is ontvouwd. Het is het grammaticale element, waarbij de woorden naar de wetten der taal worden verklaard; het logische, dat in de analyse der gedachten bestaat, in het aanwijzen van de betrekkingen tusschen hare deelen; het systematische, dat den samenhang aller rechtsregels, de eenheid van het rechtsstelsel doet uitkomen; en eindelijk het historische element (...)' ²⁴³

Wat verstaat Opzoomer onder het historische element? Het is 'den zin der wet te verstaan in verband met het recht dat in de historie aan haar vooraf ging, om den omvang te leeren kennen der verandering die zij daarin teweeg bracht.' Maar hieronder wordt

239. Diephuis, G., deel 1 (1869), p. 119. Zie voor een illustratie van deze betekenis van rechterlijke beslissingen: § 2.C.1. Overigens neemt het belang van de rechtspraak naar het einde van de negentiende eeuw wel degelijk toe.

240. Diephuis, G., deel 1 (1869), p. 96.

241. Diephuis, G., deel 1 (1869), p. 109.

242. Diephuis, G., deel 1 (1869), p. 110.

243. Opzoomer, C.W., *Aanteekening op de wet, houdende algemeene bepalingen der wetgeving van het koninkrijk* (vierde druk, 1884), p. 215. Zelfs kan Opzoomer nog de redelijkheid en de billijkheid gebruiken. Zie Opzoomer, C.W., (1884), p. 230 ev; zie daarover ook: Lokin, J.H.A., (1992), p. 34.

door de meesten, zo zegt Opzoomer, ook het 'oogmerk dat de wetgever zocht te bereiken' verstaan, een wil van de wetgever ten tijde van de totstandkoming van de wet. Dat kan niet. Wanneer de wil van de wetgever wordt afgeleid uit bijvoorbeeld de parlementaire behandeling, dan gaat het naar Opzoomers mening om rechtsvinding buiten de wet²⁴⁴. De wil van de wetgever kan van belang zijn, maar slechts zoals die blijkt uit de woorden der wet:

'Men mag geen letterknecht zijn; dat wil zeggen: men moet niet bij de letters, die men voor zich heeft, blijven staan, alsof er in de wet niet nog meer letters te vinden waren. Men moet al de letters van al de wetten met elkander in verband brengen; wat dan het resultaat is, dat is de wil des wetgevers. Het is zijn geest, zijn meening, bedoeling of hoe men het noemen wil; maar het is een geest, uit de woorden zelve der geheele wet opgemaakt, geen wil dien men slechts buiten de wet om heeft leeren kennen.'²⁴⁵

Diephuis stelde nu juist wel expliciet dat van die bedoeling van de wetgever kan blijken uit andere bronnen dan de woorden der wet alleen.

'(...) daar ieder de beste uitlegger is van zijner eigene woorden, kan, hetgeen door de Regeering of in de Kamers der Staten-Generaal tot toelichting, tot verdediging of tot bestrijding is gezegd, over de bedoeling van den wetgever en alzoo over de beteekenis zijner bepaling een belangrijk licht verspreiden;(...).'²⁴⁶

Het verschil in gebruik van de historische methode heeft gevolgen voor het gebruik van andere rechtssstelsels. De historische uitlegmethode is immers een belangrijke wijze waarop de rechtswetenschap van andere rechtssstelsels gebruik kan maken. Bij Opzoomer is daarvoor wat meer plaats ingeruimd. Hij interpreteert 'in verband met het recht dat in de historie (...) vooraf ging,' zoals het Romeinse en Franse recht. Diephuis gaat vooral te rade bij de wil van de wetgever²⁴⁷. Die wil van de wetgever blijkt uit de parlementaire geschiedenis en daarin is veel van Frans recht gebruik gemaakt. Zo komt het eens te meer bij Diephuis aan de orde. De historische interpretatie komt tegen het einde van de negentiende eeuw meer in de belangstelling te staan onder invloed van de Duitse rechtswetenschap. Met name Lands interpretatie is sterk gericht op een historische uitleg²⁴⁸.

3. *Ongerijmdheden en onduidelijkheden in de wet*

De wetsbepalingen vormen zowel voor Opzoomer als Diephuis altijd de laatste toets bij de uitleg. Maar soms zwijgt de wet of heeft de wetgever zijn wil niet, of niet duidelijk

244. Zie Lokin, J.H.A., De invloed van de pandektistiek op het werk van Diephuis en Opzoomer, in: Pieterman, R., e.a., *Bijdragen tot de rechtsgeschiedenis van de negentiende eeuw* (1993), p. 35-36.

245. Opzoomer, C.W., (1884), p. 212.

246. Diephuis, G., deel 1 (1869), p. 112.

247. In deze laatste zin: Lokin, J.H.A., (1992), p. 34-36.

248. Zie § 3.A.2.

genoeg uitgedrukt. Ook de invulling van deze onduidelijkheid behoort tot de taak van de rechtswetenschap. Bij Diephuis komt de uitlegger meer vrijheid toe naarmate de wet meer open heeft gelaten. Een regel kan in de eerste plaats uit de wet worden *afgeleid*, bij voorbeeld door analogie, of door tegenstelling. Toch mag dit bij Diephuis niet zomaar: noodzakelijk is dan dat er een rechtsbeginsel aanwezig is, dat zowel geldt voor de wel aanwezige, maar onduidelijke wetsbepaling, als voor datgene waarover de bepaling zwijgt. Dat beginsel is bij Diephuis niet snel aanwezig: want nodig is in dat geval:

'dat de bepaling, die men wil toepassen, werkelijk de uitdrukking is van een voor ruimere toepassing vatbaar beginsel, en niet eene bijzondere beschikking, waarin voor een bepaald onderwerp, om redenen van doelmatigheid, van een anders geldend beginsel is afgeweken; (...).' ²⁴⁹

Diephuis is voorzichtig met het toepassen van deze constructie ²⁵⁰. Dat is hij ook bij de a-contrario redenering: 'men zal in het algemeen vooral in de gevolgtrekking bij tegenstelling zeer voorzichtig moeten zijn. Die alleen van eene zaak iets zegt, zegt het niet van eene andere, maar geeft daardoor nog niet te kennen, dat hiervoor het tegendeel, althans niet hetzelfde geldt.' ²⁵¹ Wat doet Diephuis als de wet geheel zwijgt en door afleiding geen regel te vinden is? Het volgende: onderzoek van aard en doel van de handeling, van het wezen en de werking der rechtsbetrekking; onderzoek met behulp van de gewoonte als deze aanwezig is, en eventueel bijgewerkt aan de hand van de in het recht aanwezige beginselen. Ook als die gewoonte ontbreekt kan door de rechtswetenschap de *geldende regel* worden gevonden: 'Zoo is de rechtswetenschap voor de kennis van het regt werkzaam door uitlegging van, door afleiding uit en door opsporing buiten de wet.' Lijkt deze vrijheid op het eerste gezicht nogal groot, veel van die vrijheid wordt onmiddellijk terug genomen. De rechtswetenschap kan 'in zekeren zin' een bron van recht worden genoemd, 'zij is het echter niet in den zin, waarin de wet het is.' De rechtswetenschap openbaart of ontdekt het recht, maar de wet heeft het recht gemaakt. Deze ondergeschikte positie van de rechtswetenschap werkt beperkend op Diephuis' vrijheid bij interpretatie van wetgeving ²⁵². Diephuis' 'afleiding uit' en 'opsporing buiten de wet' hebben gelijkenis met Opzoomers 'rechtsontwikkeling.' Toch is er verschil. Diephuis spreekt nog steeds over de vaststelling van het geldende positieve

249. Diephuis, G., deel 1 (1869), p. 114.

250. Zie bijvoorbeeld zijn behandeling van de aansprakelijkheid voor zaken, § 2.C.1.

251. Diephuis, G., deel 1 (1869), p. 114.

252. Diephuis, G., deel 1 (1869), p. 116-117. Volgens Kop kent Diephuis aan de wetenschap een groter gewicht toe, en de door de wetenschap bijvoorbeeld naar analogie vastgestelde uitkomst zou als bron rechtstreeks door de rechter mogen worden toegepast; en zo niet door Opzoomer. Bij hem zou de wetenschap als zelfstandige bron van het recht niet denkbaar zijn. Kop, P.C., (1992), p. 38. Ik vraag mij zeer af of dit verschil tussen beide wel juist wordt weergegeven. Zoals uit de hoofdttekst volgt ziet Diephuis de rechtswetenschap als een rechtsbron 'in zekeren zin', met andere woorden, niet zoals de wet rechtsbron is. De wetenschap kan het recht niet scheppen, maar het uit de wet doen kennen. Opzoomer heeft voor de wetenschap nog de taak van de rechtsontwikkeling.

recht terwijl Opzoomer bij zijn 'rechtsontwikkeling' spreekt over het wenselijke recht. Laten wij eerst kijken hoe Opzoomer met onduidelijkheden omgaat. Het lijkt dat Opzoomer een grotere vrijheid heeft dan Diephuis. Wanneer de wet zwijgt neemt Opzoomer volgens eigen zeggen zijn toevlucht tot de redelijkheid en de billijkheid, teneinde tot het geldend recht te kunnen geraken²⁵³. Niet vaak past hij dit toe en overigens zal ook deze vrijheid in interpretatie uiteindelijk moeten betreffen: 'die Reconstruction des dem Gesetzen inwohnenden Gedankens.' Ook Opzoomer laat zijn uitleg uiteindelijk op de woorden van de wet berusten. Wel blijkt aan zijn interpretatie van artikel 1403 dat zijn uitleg zeer ruim kan zijn²⁵⁴.

Behalve deze grotere vrijheid van uitleg kende Opzoomer aan de rechtswetenschap twee gescheiden taken toe. Opzoomer vergelijkt de rechtswetenschap van zijn tijd met de Romeinse rechtswetenschap. Romeinse juristen hielden zich niet alleen bezig met uitleg. Bij hen

'gaat de uitlegging de grenzen eener ware interpretatie vaak zeer ver te buiten, en neemt het karakter eener ontwikkeling des rechts aan. (...) Onze juristen daarentegen zijn tot de uitlegging, in den strengen zin des woords, beperkt. Op de rechtsontwikkeling kunnen zij slechts middellijk, door middel van de organen der wetgeving hun invloed oefenen, die dan een zeer krachtige, en waar zij door wetenschap uitmunten een zeer heilzame kan zijn.'²⁵⁵

Aldus scheidt Opzoomer *uitleg* van de wet, van *ontwikkeling* van het recht. Het eerste geeft aan wat recht is (ius constitutum). Het tweede geeft aan hoe het recht bij voorkeur zou moeten luiden (ius constituendum). In het ius constituendum is de gebondenheid aan tekst en systeem minder dan in het ius constitutum. Bij de behandeling van de onderwerpen treffen we deze genuanceerde legistische benadering²⁵⁶. Ook anderen gebruiken dit onderscheid, zoals Land, juristen tijdens de discussies van de Nederlandse Juristen-Vereniging en Diephuis²⁵⁷. Diephuis doet dat minder nadrukkelijk dan Opzoomer. Ook hij omschrijft de taak van de rechtswetenschap als een tweeledige: enerzijds als 'verklaren, aanvullen en helpen toepassen' van de wetgeving, anderzijds als het meewerken aan wetgeving 'door een onpartijdig oordeel over de wetgeving, tot derzelver volmaking.'

253. Opzoomer, C.W., (1884), p. 230. Niet alleen wanneer de wet zwijgt: ook is redelijkheid en billijkheid voor Opzoomer richtinggevend bij de uitleg van artikel 1403 BW. Zijn uitleg komt vrijer over dan die van Diephuis. Zie § 2.C.

254. Zie § 2.C.2.

255. Opzoomer, C.W., (1884), p. 220-221.

256. Zo Opzoomer bij de behandeling van publiek domein (§ 4) en in zijn beschouwing over artikel 1403 BW (§ 2).

257. Diephuis, G., deel 1 (1856), p. v.

D. LEGISME IN FRANKRIJK, BELGIË EN DUITSLAND

1. Frankrijk en België

In Frankrijk is een groot aantal commentaren geschreven op de Code civil van 1804. De eerste commentaren zijn nog sterk georiënteerd op het natuurrecht, en maken veel gebruik van Romeins recht (Toullier), de latere (zoals van Marcadé of de Belg François Laurent) hanteren een methode die meer op tekst en systeem de nadruk legt²⁵⁸. Net als in Nederland kende het legisme in Frankrijk ('l'école de l'exégèse') en België (de exegetische school) hoogtijdagen. Bouckaert plaatst deze exegetische school in de jaren 1830-1880²⁵⁹. De beoefening van het privaatrecht in die tijd wordt aldus omschreven:

'Le droit se confond totalement avec la loi écrite. Particulièrement le droit civil est entièrement contenu dans le Code civil. Une fois les faits établis il suffit de formuler le syllogisme judiciaire dont la majeure est constituée par la règle écrite appropriée, et la mineure par la constatation que les conditions prévues dans cette règle sont réalisées.'²⁶⁰

Het is de heersende methode van het privaatrecht in Frankrijk en België²⁶¹. De bronnen van het positieve privaatrecht zijn volgens Marcadé de Code civil en andere wetten²⁶². Maar is de uitleg nu ook zo strikt aan de tekst van die wetgevingen gebonden? Dat is (net als voor het Nederlandse privaatrecht) te overdreven gesteld²⁶³. Marcadé over artikel 4 Cc: 'La loi ne pouvant pas tout prévoir ni s'expliquer toujours assez clairement, et la justice, néanmoins, devant toujours être rendue, il est enjoint aux juges de toujours prononcer, en ce décident, en cas d'insuffisance ou d'obscurité de la loi, d'après les lumières de leur raison et de l'équité (...)'²⁶⁴. De Gentse hoogleraar Laurent wordt als de meest duidelijke vertegenwoordiger van het legisme beschouwd. Laurent in zijn voorwoord uit 1878 voor zijn *Principes de droit civil*: 'Les codes ne laissent rien à l'arbitraire de l'interprète, celui-ci n'a plus pour mission de faire le droit, le droit est fait. Plus d'incertitude: le droit est écrit dans les textes authentiques.' Voor het wenselijke recht keek Laurent veel verder. In een omvangrijk rechtsvergelijkend werk beschouwde hij de rechtssystemen van een groot aantal landen.

258. Zie hoofdstuk § 3 voor een korte beschrijving van de verschillende commentaren en verdere verwijzingen.

259. Bouckaert, B., (1981), p. 49.

260. Ghestin, J., en Goubeaux, G., *Traité de droit civil*, introduction générale (3e druk, 1990), nr. 143, p. 102.

261. Zie Van Dievoet, E., (1943), p. 85; G. Ripert en J. Boulanger, deel 1 (1950), nr. 150, p. 66; in het kort ook Van Caenegem, R.C., *Geschiedkundige inleiding tot het privaatrecht*, (1981), p. 128 ev.

262. Marcadé, V., deel 1 (5e druk, 1852), p. 24.

263. Zie boven § 1.B.

264. Marcadé, V., deel 1 (1852), p. 73. Artikel 4 (overeenkomstig artikel 13 AB): Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.

2. Duitsland

Duitsland kent een geheel andere rechtswetenschappelijke school. Het is daar juist de eigentijdse systematische beoefening van het Romeinse recht die bewondering bij de Nederlandse jurist afdwingt. De Duitse rechtswetenschap in de negentiende eeuw kan het beste begrepen worden door terug te gaan naar de pennestrijd die in het begin van de negentiende eeuw gevoerd is tussen Thibaut en Savigny over de vraag of er al dan niet een nationale codificatie komen moest²⁶⁵. De tegenstander van codificatie Savigny wint het pleit. Waarop baseert hij zich? Alle recente codificaties (het Allgemeine Bürgerliches Gesetzbuch, de Code civil, en het Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten) zijn ontstaan vanuit een onzinnige rechtstheorie: het natuurrecht. De genoemde codificaties ontberen daarom elk wetenschappelijk karakter. Wat moet er dan gebeuren om een codificatie dat predikaat 'wetenschappelijk' te kunnen geven²⁶⁶? De wetenschap heeft als taak om de leidende rechtsbeginselen op te sporen. Deze rechtsbeginselen liggen verscholen in de samenleving en ontwikkelen zich daarin op een 'organische' wijze. In een meer ontwikkelde samenleving zorgt de juristenstand voor die rechtsontwikkeling. Juristen kunnen dat echter alleen doen door gebruik te maken van het Romeinse recht. Dat rechtstelsel is immers bij uitstek historisch gegroeid: 'Erneuerung des wissenschaftlichen Characters des geltenden Rechts durch das Medium der geschichtlich gewachsenen Stoffmassen des gemeinen Rechts.'²⁶⁷

Deze historische methode werd toegepast in een systematische ordening van het eigentijdse recht. Eerst door Savigny zelf, later door anderen, met als doel: 'auf der Grundlagen der Quellen des Corpus Iuris Civilis ein in sich dogmatisch widerspruchsfreies, neues Rechtssystem zu formen.' Deze systematische privaatrechtswetenschap is bekend geworden als de pandektistiek²⁶⁸. In Oostenrijk kende de pandektistiek ook enkele representanten, van wie met name Unger genoemd moet worden²⁶⁹. Het is deze Oostenrijkse jurist die via Goudsmit in het werk van Opzoomer is te vinden. Een tweede belangrijke stroming (de Germanistische) binnen de historische school legt juist de

265. Zie Schlosser, H., *Grundzüge der neueren Privatrechtsgeschichte* (1985), § 4, p. 97 ev.

266. Lokin, J.H.A., en W.J. Zwalve, (1992), p. 213 ev.

267. Schlosser, H., (1985), p. 100.

268. Bekende vertegenwoordigers van deze wetenschapsbeoefening zijn Puchta, Vangerow, Dernburg en Windscheid. Schlosser, H., (1985), p. 101-102.

269. Joseph Unger (1828-1913) was hoogleraar te Wenen, en wordt gezien als één van de meest invloedrijke Oostenrijkse juristen van de negentiende eeuw: 'gilt als erneuerer der österreichischen Rechtswissenschaft im Sinne der Historischen Rechtsschule und Überwinder der "exegetischen Schule", aldus Kleinheyer en Schröder, (1989), p. 308-310.

nadruk op de Duitse rechtsbronnen²⁷⁰. Duidelijke sporen van de Historische School en deze Germanistische stroming zijn in het Nederlandse privaatrecht te herkennen.

Aan de rechtswetenschappelijke methode van de Historische School zou het volgens Constantinesco hebben gelegen dat rechtsvergelijking in Duitsland destijds niet tot ontwikkeling gekomen is (ondanks enkele aansprekende aanhangers van de rechtsvergelijking als Feuerbach, Thibaut, Zachariae en Mittermaier)²⁷¹: '(...) alle im Rahmen der historischen Schule hervorgetretenen Auffassungen ausdrücklich oder jedenfalls implicite zur Nutzlosigkeit rechtsvergleichender Untersuchungen geführt haben. Das Recht ist jedes Volk so spezifisch und so sehr mit ihm verbunden, das es für ein anderes nicht passen kann.'²⁷² Op een dergelijk standpunt voor de Nederlandse rechtswetenschap zou wel wat af te dingen zijn. Discussies in de Nederlandse Juristen-Vereeniging werden gevoerd naar aanleiding van omvangrijke vergelijkende studies, omdat juist het belang van internationale regelingen hoog werd ingeschat²⁷³. In 1900 komt het dan toch tot de invoering van een Duitse codificatie van het burgerlijk recht.

E. ANDERE RECHTSSTELSELS IN HET NEDERLANDSE PRIVAATRECHT

Van de buitenlandse rechtsstelsels wordt in de volgende percentages gebruik gemaakt²⁷⁴. In een deel van Diephuis' systeem wordt in 49% verwezen naar Franse bronnen. In 11% van de gevallen wordt naar Belgische bronnen (Laurent) verwezen. Naar Duits en Romeins recht wordt in 1% van de gevallen verwezen, terwijl naar Oostenrijks en Zwitsers recht incidenteel wordt verwezen. In 38% van de gevallen wordt naar Nederlands recht verwezen. In *Themis* wordt in 48% naar een Nederlandse bron verwezen, naar Romeins recht in 19%, naar Frans recht in 22% en naar Duits recht in 10%. Incidentele verwijzingen betreffen Oostenrijk (3) en België (1). De inhoudsopgaven van *Themis* en (sinds 1882) het *Rechtsgeleerd Magazijn* bieden het volgende beeld. In *Themis* zijn alle artikelen in de vier onderzochte jaargangen gericht op het Nederlandse recht. Één artikel heeft een Romeinsrechtelijke oriëntatie. Van de 43 besproken boeken zijn er vier gericht op het Duitse recht, zes op het Franse, twee op het Italiaanse recht en 1 op het Spaanse. Het *Rechtsgeleerd Magazijn* (opgericht als *tijdschrift voor binnen- en buitenlandsche rechtsstudie*) is veel meer gericht op andere rechtsstelsels. In de eerste twee jaargangen zijn van de 41 artikelen 19 op een ander rechtsstelsel georiënteerd. Van de 86 besproken en aangekondigde boeken zijn er 41

270. Vertegenwoordigers van deze stroming zijn Jacob Grimm, Beseler, Von Gierke, en de Zwitser Bluntschli. Over Grimm (1785-1863), Beseler (1809-1888), Gierke (1841-1921) en Bluntschli (1808-1881) zie Kleinheyer, G. en J. Schröder, (1989); Schlosser, H. (1985), p. 108-109. Zie voor een beschrijving van het Duitse privaatrecht in de negentiende eeuw ook: Lokin, J.H.A., en W.J. Zwalve, (1992), p. 213 ev. Zie ook: Kop, P.C., (1991) en Jansen, C.J.H., (1991), *passim*.

271. Constantinesco, L.J., deel 1 (1971), p. 99. Koschaker, P., (1966), p. 253-254.

272. Constantinesco, L.J., deel 1 (1971), p. 96; zo ook Koschaker, P., (1966), p. 254.

273. Zie § 2.C.3 en § 3.C.

274. Zie bijlage § 2.2.

gericht op een ander rechtsstelsel: 35 op het Duitse, 5 op het Franse, 5 op het Italiaanse, 2 op het Engelse en één ten slotte heeft een Romeinsrechtelijke strekking.

1. De bekendheid met het Franse recht

De Franse commentaren op de Code civil worden allemaal in Nederland gebruikt. De eerste commentaren (zoals Toullier) worden gebruikt omdat de Code civil hier te lande tot 1838 heeft gegolden, de latere (Marcadé, Laurent, Aubry en Rau) vanwege een historische uitleg van de Nederlandse bepalingen. De gewoonte om met die Franse commentaren te werken zal het gebruik ervan hebben vereenvoudigd. Bovendien waren er geen uitgebreide Nederlandse commentaren in de eerste jaren na de codificatie. Veelvuldig wordt in die tijd in de Nederlandse literatuur melding gemaakt van publicatie van in andere landen verschenen werken, vaak worden privaatrechtelijke werken uit andere rechtsstelsels in de Nederlandse literatuur besproken²⁷⁵. Maar wat vonden Nederlandse juristen van gebruik van andere rechtsstelsels in het Nederlandse privaatrecht?

2. Gebruik van andere rechtsstelsels

Het gebruik van tekst, systematiek en de historie van wetbepalingen als belangrijkste interpretatiemethoden heeft betekenis voor het gebruik van andere rechtsstelsels. Alleen in verband met de wetshistorie kan aan een ander rechtsstelsel betekenis toekomen in de uitleg. Dat onderkennen zowel Diephuis als Opzoomer in hun methodologische uiteenzettingen.

Zo stelt Diephuis reeds in 1844 'dat eene blinde aanneming der resultaten, waartoe de Franse Regtsgeleerden, bij de behandeling van menige regtsvraag, geraakten, onder onze wetgeving geheel onjuist zou zijn.'²⁷⁶ Maar wel gebruikt hij het Franse recht, namelijk daar waar het voor de uitleg dienstig kan zijn. Wanneer is dit nu het geval? In Diephuis' boven besproken methode alleen dan wanneer het als wets- of rechtshistorische uitleg kan dienen: voor de uitleg van de Nederlandse artikelen heeft het Nederlandse recht 'de ondervinding van dat regt voor zich.'²⁷⁷ Tevens heeft Diephuis nauwgezet kennis genomen van 'eenige meest geachte werken over den Code Civil, welke laatste mij vooral tot de behandeling van menige regtsvraag heeft aanleiding gegeven.' Diephuis' kennis van de Franse commentaren bieden hem soms een uitleg, voor zover het de historie van de Nederlandse bepaling kan verduidelijken. Daarnaast dienen zij als

275. Zo bijvoorbeeld door Kappeyne van de Coppello, J., bespreking van Larombière, M.L., *Théorie et pratique des obligations ou commentaire des Titres III et IV, livre III du Code Napoléon* in: *Themis* 1857, p. 312. Larombière, aldus Kappeyne van de Copello, 'handhaaft overal de vrijheid zijner overtuiging en verdedigt niet zelden de waarheid, zelfs waar zij de meerderheid en het gezag der stemmen niet aan hare zijde heeft, met krachtige en wetenschappelijke gronden.'

276. Diephuis, G., deel I (1844), p. i-ii.

277. Diephuis, G., deel I (1844), p. vi.

een bron van rechtsvragen. Het Romeinse recht vindt in Diephuis' benadering nog een (zeer) geringe plaats. Het komt soms betekenis toe bij de (historische) uitleg van een enkel artikel. Over het algemeen heeft het Romeinse recht 'minder dadelijk belang' bij de uitleg van het geldende recht²⁷⁸. Later neemt Diephuis afstand van het Romeinse recht. Het is afgeschaft en voor uitleg van artikelen uit het Burgerlijk Wetboek kan aan dit recht geen waarde worden toegekend. Ook in de door ons onderzochte leerstukken komt deze argumentatie van Diephuis voor²⁷⁹. Over de toepassing van andere rechtsstelsels laat Diephuis zich niet expliciet uit. De autoriteit van de wet lijkt in de weg te staan van een uitgebreidere toepassing van andere rechtsstelsels, ook wanneer de wet onduidelijk is of zwijgt. Maar in zijn uiteenzettingen wordt toch meer gebruik gemaakt van andere rechtsstelsels dan verklaard kan worden met de historische interpretatiemethode alleen. Vaak verwijst Diephuis naar *eigentijdse* Franse bronnen. Dat heeft waarschijnlijk te maken met het opdoen van inspiratie voor de behandeling van rechtsvragen (zoals Diephuis stelde), maar ook met de *gewoonte* om naar Franse bronnen te verwijzen. Dit verwijzen naar eigentijds recht betekent dat het gebruik van andere stelsels als historische interpretatie verschuift naar een rechtsvergelijkende methode.

Ook bij Opzoomer heeft de aan tekst en systeem van de wet gebonden uitleg consequenties voor het gebruik van andere rechtsstelsels. Het Franse recht gebruikt Opzoomer als historische interpretatie. Anders dan Diephuis, verwerpt Opzoomer het Romeinse recht niet. In zijn uitleg is dan ook voor dat recht plaats ingeruimd. Wel moet volgens Opzoomer de jurist zeer voorzichtig zijn met aanneming van in het Romeinse recht gegeven regels, omdat het meestal onterecht zal zijn een argument uit dat stelsel te ontleen voor de uitleg van het Nederlandse recht. Waarom? De positie van de Romeinse jurist was een geheel andere, bij hen was immers lang geen sprake meer van uitleg, maar van 'rechtsontwikkeling.'

Opzoomer en Diephuis laten zich niet uit over toepassing van andere stelsels dan de genoemde. Die andere stelsels (met name het Duitse) spelen vaak een rol. Een aantal voorbeelden is al genoemd, zoals de aan Savigny ontleende uitlegmethoden van Opzoomer. Olivier sprak in zijn bespreking van Diephuis' werk van een voorkeur voor een 'organische' behandeling van het Nederlandse recht. Daarmee leunt hij sterk aan tegen een van de ideeën van de Historische School van Von Savigny. Levy, die sterk door de Historische School is geïnspireerd, stelt zich in zijn werk *Het ideale in recht en staat* uit 1877 op het standpunt dat het recht 'boven en buiten den natie geplaatst' niet bestaat, want '[i]eder rechtsstelsel is de vrucht en het getuigenis tevens der nationale rechtsover-

278. Diephuis, G., deel 1 (1844), p. vii. Een 'doorgaande vergelijking' met het Romeinse (en het oud-vaderlandse) recht had Diephuis voor ogen gestaan, 'vrees voor al te groote uitvoerigheid, gevoegd bij het minder dadelijk belang voor de kennis van het hedendaagsche regt' heeft hem daarvan weerhouden. Zie hoofdstuk 3 § 2.B over het belang dat nog aan het Romeinse recht werd gehecht, zo vlak na de codificatie, en hoofdstuk 4 § 4.B voor Diephuis' mening over publiek domein.

279. Lokin, J.H.A., (1993), p. 35 en 36. Zie voorts § 4.

tuiging en vindt zijn steunpunt in het volk als organisme.' Levy zelf maakt juist veel gebruik van andere rechtsstelsels²⁸⁰. Ook in de behandelde onderwerpen wordt daarvoor gebruik gemaakt.

Een aantal manieren waarop gebruik van andere rechtsstelsels in de legistische periode mogelijk was, passeerde de revue. In de eerste plaats kan van ander recht gebruik worden gemaakt in verband met een historische interpretatie. In de tweede plaats kan van andere rechtsstelsels gebruik worden gemaakt door de invloed van andere (Nederlandse) rechtsgebieden op het privaatrecht. In de derde plaats kan in de argumentatie naar het wenselijke recht eenvoudiger een beroep op andere rechtsstelsels gedaan worden. In de vierde plaats tenslotte wordt steeds vaker verwezen naar het eigentijdse buitenlandse recht. Van deze mogelijkheden wordt zeker gebruik gemaakt. Want onderzagen zag de Nederlandse jurist wat er in andere rechtsstelsels gebeurde. Kappeyne van de Coppello zien wij schrijven over de beoefening van het Franse recht 'met liefde, helderheid en verstandige scherpzinnigheid,' en over de 'ongekende vlugt' van beoefening van het klassieke recht in Duitsland. De Nederlandse civilist bevindt zich in een lastig parket. Aan de ene kant de prille, eigen Nederlandse rechtswetenschap in gebondenheid aan de toegestane methoden van uitleg van de Nederlandse wettekst, aan de andere kant de lofuitingen aan het adres van het andere recht.

§ 2. Aansprakelijkheid voor zaken: enge en ruime opvattingen

A. DE AANZET: RUIME UITLEG VAN ARTIKEL 1403 BW IN RECHTSPRAAK

De rechtspraak biedt in 1857 de aanzet tot de discussie over de uitleg van artikel 1403. Deze discussie kenmerkt zich door de sterk tegenover elkaar staande standpunten van Opzoomer en Diephuis²⁸¹. Het Hof Amsterdam wijst in 1857 en 1858 twee arresten en geeft daarin aan artikel 1403 lid 1 BW een ruime uitleg. Een van die twee uitspraken mondt uit in het arrest van de Hoge Raad betreffende de Amsterdamse gasmaatschappij²⁸². In het kort zal het eerste arrest uit 1857 hier worden geschetst²⁸³. In deze uitspraak speelt de Hollandsche IJzeren Spoorwegmaatschappij de hoofdrol. Wat was

280. Mom Visch, D.J., bespreking van Levy, J.A., *Het ideeële in recht en staat*, in: *Themis* (1877), p. 108. Zie Levy in de discussie over de aansprakelijkheid van spoorwegondernemingen in de NJV, § 2.C.3.

281. Zie voor het voorafgaande hoofdstuk 3 § 4.A en hoofdstuk 4 § 2.A.

282. Beide zaken zijn gewezen door het Provinciaal Gerechtshof van Noord-Holland, 1 oktober 1857, *Rechtsgeleerd Bijblad, behorende tot de Nieuwe Bijdragen voor Rechtsgeleerdheid en Wetgeving* (1858), p. 151-156 en, in dezelfde verzameling, 8 februari 1858, (1858), p. 438-440. Bij de laatste uitspraak handelt het over de Amsterdamse gasmaatschappij. Zie hoofdstuk 2 § 2.B. Diephuis, G., deel 6 (1856-1859), p. 275-276.

283. Valkhoff wijst bij een bespreking van dit arrest op een werk van Paignon, die in 1853 reeds voor een ruime uitleg van artikel 1384 Cc had gepleit. Een verband tussen Paignons publicatie en de Nederlandse ruime uitleg is mogelijk maar blijkt niet uit verwijzingen. Zie Valkhoff, J., De invloed van de Spoorwegen op enkele gebieden van het Nederlandse privaatrecht, *RM Themis* 1939, p. 399.

er gebeurd? Op 10 augustus 1856 rijdt een lokale spoortrein, op weg van 's Gravenhage naar Rotterdam, achterop een andere trein. Een van de inzittenden van de laatste trein raakt zwaargewond. Voor deze schade spreekt passagier de maatschappij aan op grond van artikel 1403 lid 1 BW. Het Hof overweegt dat de spoorweg waarop het ongeluk plaatsvond uitsluitend door de gedaagde spoorwegmaatschappij werd geëxploiteerd, en dat daaruit reeds volgt dat het ongeluk door haar schuld was teweeggebracht:

'Dat, indien aan de gegrondheid dier praesumptie eenige twijfel bestond, zij door den Wetgever bij art. 1403 lid 1 Burg. Wetb., tot eene wettelijke praesumptie is verheven; Dat het woord zaken, in dat artikel, van algemeene beteekenis is, (...) dat immers uit de omstandigheid, dat bij het Romeinse Regt bijzonderlijk voorzien was in het geval van door dieren toegebrachte schade (...) geenszins volgt, dat de Nederlandse Wetgever, die het woord zaken gebezigd heeft, alléén van dieren heeft willen spreken; dat het evenmin opgaat de kracht der aangehaalde alinea, als eener inleiding tot de, in de volgende artikelen, vermelde gevallen te beperken, (...) en het voorzeker niet geoorloofd is, de overbodigheid van eenig Wetsartikel aan te nemen, welks heilzame bedoeling in het oog valt;'

Het Hof construeert hier op grond van artikel 1403 lid 1 BW een gunstige bewijspositie voor de gelaedeerde. Omdat de spoorwegmaatschappij het 'opzigt' had over de spoorweg wordt tot aanwezigheid van schuld geconcludeerd. De spoorwegmaatschappij zou het tegendeel nog kunnen aantonen, dat was haar blijkbaar niet gelukt. Een van de redenen van het Hof doet aan de argumentatie van Toullier denken. Die spreekt immers van een algemene betekenis; het artikel is van toepassing op alle zaken, 'toutes les choses.' Van een vermoeden van schuld blijkt niet bij Toullier²⁸⁴. De omkering van de bewijslast, zoals door het Hof verwoord, is een nieuwe uitleg. De Hoge Raad casseert: wel is sprake van een omkering van de bewijslast, doch die volgt niet uit artikel 1403, maar uit artikel 1959 BW. De rechter kan op grond van de feiten uitgaan van een schuldvermoeden²⁸⁵. Op deze manier kan eenzelfde resultaat bereikt worden als door middel van 1403 BW met een omkering van de bewijslast. De toepassing van dit feitelijke vermoeden van artikel 1959 BW blijft echter aan de rechter.

Minder dan een jaar na deze uitspraak doet de Hoge Raad uitspraak in de zaak van de Amsterdamse gasmaatschappij en geeft dan een ruime uitleg aan 1403 lid 1. Een risico-aansprakelijkheid wordt gevestigd door het louter onder 'opzigt' hebben. De Hoge Raad gebruikt een buitengewoon summiere grammaticale interpretatie. Wel worden enkele personen genoemd waarvoor men aansprakelijk kan zijn, die opsomming ontbreekt echter voor zaken, zodat dit artikel een algemene betekenis heeft. Van schuld wordt in

284. Zie hoofdstuk 3 § 4.A.

285. HR 11 juni 1858, W. 1967. Art. 1959. Vermoedens welke niet op de wet zelve gegrond zijn worden overgelaten aan het oordeel en aan de voorzigtigheid van den regter, die echter op geene andere letten mag dan op die welke gewigtig, naauwkeurig, bepaald en met elkander in overeenstemming zijn. Zoodanige vermoedens kunnen alleenlijk in aanmerking komen in de gevallen waarin de wet het bewijs door getuigen toelaat, en ook bijaldien, uit hoofde van kwade trouw of bedrog, tegen eene handeling of akte wordt opgekomen.

het artikel niet gesproken. Deze uitspraak van de Hoge Raad gaat in tegen de conclusie van het Openbaar Ministerie, die eenzelfde onderbouwing voor zijn standpunt heeft als Diephuis²⁸⁶. Deze uitspraak wordt gebruikt in het parlement bij de vervaardiging van spoorwegwetgeving. Tweede kamerlid Wintgens pleit voor een aanknoping bij de ruime uitleg van artikel 1403 lid 1 BW. In bijzondere, op spoorwegmaatschappijen toegesneden wetgeving behoort 'afwijking van het gemeene recht (...) niet te worden toegelaten. De Franse rechtsgeleerde schrijvers leeren dat men aansprakelijk is voor de benadeeling, door zaken, waarop men toezicht heeft, ook zonder schuld.'²⁸⁷ Zo stellig als Wintgens die ruime Franse uitleg schetst, is de uitleg in Frankrijk zeker niet. Bij Toullier was een dergelijk standpunt niet aanwezig²⁸⁸, bij latere schrijvers, zoals Marcadé, blijkt eerder van een *vermoeden* van schuld, dan van een aansprakelijkheid *zonder* schuld²⁸⁹. Afzonderlijke wetgeving is wel de weg waarvoor gekozen wordt, niet voor een ruime uitleg van artikel 1403. Vooralsnog zijn de meningsverschillen over de uitleg groot, tussen het Openbaar Ministerie en de Hoge Raad, maar tevens in de literatuur.

B. EEN ENGE UITLEG DOOR HET OPENBAAR MINISTERIE

Het Openbaar Ministerie geeft in een aantal zaken een enge uitleg aan artikel 1403. Het OM doet dat in de zaak van de gasmaatschappij in 1859, maar ook in een zaak in 1869²⁹⁰. AG Karseboom stelt dan over de ruime uitleg van 1403 dat

'omtrent deze wets-opvatting eenig verschil van gevoelen heeft bestaan tusschen den Hoogen Raad en het Openb. Min., zoo bij monde van den heer proc.gen. als van den heer adv.gen. Gregory, die bij hunne conclusiën de zaak zoodanig in het breede hebben behandeld, dat ik mij ontslagen mag achten die gronden opnieuw aan te voeren.(...) Ook naar het mij voorkomt is de bepaling van art. 1403 al. 1 BW, op het voetspoor van art. 1384 al.1 C.N., meer doctrinair, dan de gevallen aanduidende, terwijl de ontwikkeling der gestelde leer der verantwoordelijkheid

286. Zie hoofdstuk 2 § 2.B, voor zowel de overweging van het Hof, als de uitspraak van de Hoge Raad. Zie de AG Gregory voor het arrest van de Amsterdamse gasmaatschappij, W. 2022 (1859), en tien jaar later een conclusie van de AG Karseboom, waarin nog eens expliciet het verschil van mening tussen de Hoge Raad en het Openbaar Ministerie wordt verwoord, W. 3084.

287. *Bijblad van de Nederlandsche Staats-courant* II, 1858-1859, p. 1203. In die wet wordt een aansprakelijkheid met omkering van de bewijslast voor de spoorwegonderneming gevestigd, in navolging van de spoorwegwetgeving in Pruisen. Zie hierover ook Van Maanen, G.E., *Stoomtreinen en aansprakelijkheid*, WPNR 5742-5743 (1985). Van de door Wintgens voorgestelde regelgeving zonder schuld komt het niet. Wel wordt op voorstel van Thorbecke een omkering van bewijslast aangenomen. Zie verder onder hoofdstuk 6 § 2. Tichelaar, P.A., Artikel 1 der wet van 9 april 1875 (S. 67), tot regeling van de dienst en het gebruik der spoorwegen, *Rechtsgeleerd Magazijn* 1891, p. 9; ook in: W. 5856 (1890), conclusie PG voor HR 3 april 1890, p. 1.

288. Zie hoofdstuk 3 § 4.A.

289. Marcadé, V., deel 8 (7e druk, 1867), p. 283.

290. W. 3084 (1869). De Hoge Raad laat zich niet uit over de uitleg van artikel 1403 in deze laatste zaak uit 1869, want de vordering van de eiser was naar de feitelijke beslissing van het Hof een vordering op grond van artikel 1402, zodat 'de bewering van schending of verkeerde toepassing van art. 1403 van dat wetboek hier in geene aanmerking kan komen.'

ten aanzien van personen in de volgende alinea's, ten aanzien van zaken in de beide volgende artikelen speciaal wordt aangegeven.'

Het OM verwijst naar Diephuis²⁹¹, die in de tweede druk van zijn werk *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt naar de volgorde van het Burgerlijk Wetboek* ingegaan was op de bovengenoemde uitspraken van het provinciaal Hof van Noord-Holland. Voorts haalt het OM Toullier en Zachariae aan. Uit Zachariae betreft het OM de wetsgeschiedenis van artikel 1384 Cc. Toullier stelt schuld van de opzichter als vereiste wanneer schade door een zaak is veroorzaakt. Artikel 1384 Cc mag niet 'par analogie' worden uitgelegd, '[c]ar cette responsabilité étant contraire à la raison, on ne peut, en cette matière, raisonner par analogie.' Bij De Pinto²⁹² en Diephuis komt dit analogieverbod aan de orde, en in de methodologische uiteenzettingen van Opzoomer en Diephuis wordt ook over deze uitlegmethode gesproken²⁹³. Daarnaast wordt Marcadé aangehaald, over wiens standpunt een verschil van uitleg bestaat. Eisers in deze zaak hadden Marcadé voor ondersteuning van een ruime uitleg gebruikt. Ten onrechte, aldus de AG, en hij lijkt het bij het rechte eind te hebben. Marcadé is, net als Toullier, tegen een toepassing van artikel 1384 Cc 'par analogie' en ziet een limitatieve opsomming in de artikelen 1384-1386 Cc. Marcadé spreekt over: 'Les cas dans lesquels cet article et les deux suivants imposent à une personne la responsabilité du dommage causé, soit par (...) des choses lui appartenant ou confiées à sa garde, sont des cas de quasi-délits.' Verder, over 1386: 'Un dernier cas de responsabilité légale est indiqué par l'article 1386.'²⁹⁴ Alleen voor de genoemde personen en zaken geldt een vermoeden van schuld. De interpretatie door Nederlandse juristen van het Franse recht kan nogal uiteenlopen. Latere Franse schrijvers, zoals Mazeaud, zijn van mening dat de Gentse hoogleraar Laurent (in 1878) als eerste een ruime uitleg heeft voorgestaan²⁹⁵.

In 1870 komt de Hoge Raad terug op zijn eerdere ruime uitleg²⁹⁶. 'Is men alleen dan verantwoordelijk voor de schade veroorzaakt door zaken, die men onder zijn opzigt heeft, wanneer zij het gevolg was van verzuim of nalatigheid? Ja.' stelt het kopje boven de uitspraak. In deze zaak handelt het om twee oude bomen die waren omgewaaid en schade teweeg hadden gebracht. De eigenaar van de bomen werd aangesproken, op grond van artikel 1403 lid 1 BW. Van aansprakelijkheid zou sprake zijn, 'afgescheiden van de vraag, of er schuld of nalatigheid hebbe bestaan bij den eigenaar of opzichter der boomen.' Zowel AG (onder verwijzing naar Toullier) als Hoge Raad komen echter tot de conclusie dat de kwaliteit van eigenaar of opzichter alleen niet tot aansprakelijkheid

291. Zie § 2.C.

292. Zie hoofdstuk 4 § 2.A.

293. Toullier, C.B.M., deel 11 (1824), nr. 258. Zie boven hoofdstuk 3 § 4.A, hoofdstuk 4 § 2.A en § 1.C.2.

294. Marcadé, V., deel 5 (5e druk, 1852), p. 269 en 273.

295. Zie hoofdstuk 6 § 2.C.2.

296. HR 4 maart 1870, Van den Honert, *Verzameling van arresten van den Hoogen Raad der Nederlanden, burgerlijk regt, regt van koophandel en burgerlijke regtsvordering*, deel 34 (1871), nr. 1162.

kan leiden, doch dat *tevens* nalatigheid of verzuim is vereist²⁹⁷. In een vrij constante jurisprudentie is verder deze uitleg aan artikel 1403 gegeven²⁹⁸.

C. HET VERSCHIL VAN MENING TUSSEN DIEPHUIS EN OPZOOMER

1. Diephuis

De ruime uitleg in de jaren vijftig van het Provinciaal Hof brengt Diephuis tot een stellingname. Hij stelt dat de zinsnede 'zaken, welke men onder zijn opzigt heeft,' niet meer is dan een *inleiding* op de navolgende bepalingen 1404 en 1405 BW. Iemand kan wel aansprakelijk zijn voor zaken, maar alleen indien de schade veroorzaakt is 'door eene onregtmatische daad, of door nalatigheid of onvoorzichtigheid en dus art 1401 of 1402 toepasselijk mogt zijn.'²⁹⁹ Een systematisch argument is de plaatsing van artikel 1403 voor de artikelen 1404 en 1405 BW. Een systematisch argument betreft hij uit artikel 534 K. In dat artikel wordt voor schade toegebracht door een schip, schuld als grondslag genomen³⁰⁰. Diephuis stelt als eerste met zoveel woorden dat schuld een vereiste is voor aansprakelijkheid voor schade door zaken. Impliciet hebben wij bij Toullier dit vereiste voor aansprakelijkheid gezien. Bij het analogieverbod van artikel 1403 haalt hij Toullier, Duranton en Zachariae aan: 'Gelijk de verantwoordelijkheid voor de daden van anderen bepaald is tot art. 1403 b-d, is ook die wegens zaken bepaald tot de gevallen van art. 1404 en v..'³⁰¹

In zijn latere werk geeft Diephuis dezelfde interpretatie en gaat dan in op het standpunt van Opzoomer³⁰²:

'En artikel 1403 a zelf heeft niet het voorkomen eener uitdrukking van den rechtsgrond dier bepalingen, maar zou toch ook wanneer dat het was medebrengen, dat deze, en zij alleen geldende zijn. De voorstelling van een algemene bepaling, met bijzondere bepalingen daarnevens laat zich wel is waar denken, maar is toch ook vrij onaannemelijk, daar door de vereniging van beiden ten aanzien van het een niets, ten aanzien van het ander alles aan 's rechters oordeel overgelaten, maar daardoor dan ook de rechtszekerheid kwalijk gediend zou zijn.'³⁰³

297. Zie de conclusie van de advocaat-generaal voor HR 22 januari 1869, in W. 3084 (1869).

298. Zie hoofdstuk 6 § 2.D.2.

299. Diephuis, G., deel 6 (1856-1859), nr. 700 a.

300. Artikel 534. Indien een schip, door schuld van den schipper of van zijn scheepsvolk, een ander schip overzeilt, of tegen hetzelfde aanzeilt, aanvaart of aandrijft, en alzoo beschadigt, moet de gehele schade, aan het schip en aan de goederen toegebracht, worden vergoed door den schipper wiens schip de schade heeft veroorzaakt.

301. Zie hoofdstuk 4 § 2.A. Zo wordt Diephuis' terughoudendheid met de meer extensieve interpretatie, analogie en a-contrario redenering geïllustreerd. Zie § 1.C.

302. Diephuis, G., deel 11 (1888), p. 90 ev, 106, 113 ev. Dat Diephuis zich niet over de rechtspraak uitlaat vindt zijn grond in de door Diephuis gevolgde methoden van rechtsvinding. Zie boven § 1.C.2.

303. Diephuis, G., deel 11 (1888), p. 92-93.

Zo nemen in Diephuis' visie alleen de aansprakelijkheid voor dieren en gebouwen (artt. 1404 en 1405) een bijzondere positie in. Bij een andere zaak volgt alleen aansprakelijkheid indien aan de vereisten van artikel 1401 of 1402 BW voldaan is. Diephuis keert zich expliciet tegen de in het Franse recht gemaakte analoge interpretatie. Toullier, Larombière en Demolombe geven een ruime uitleg aan artikel 1386 en brengen de 'omgevallen boom' onder de werking van het artikel: 'Ce que nous avons dit du dommage causé par la chute d'un bâtiment, peut s'appliquer au dommage causé par la chute d'une arbre. Le principe est le même, si c'est par la faute ou la négligence du propriétaire qu'il est tombé; tout dépend des circonstances.'³⁰⁴ Nee, aldus Diephuis, analogie is niet geoorloofd:

'Wat artikel 1404 zegt van een dier, en art. 1405 van een gebouw, is niet eene toepassing, of nadere bepaling of ontwikkeling van een regel of algemeen beginsel, in art. 1403 a uitgedrukt, maar om en in verband met die bepalingen is daar in de inleiding sprake van zaken die men onder zijn opzigt heeft. En is dit zoo, dan mag noch hieruit, noch bij analogie uit die artt. iets worden afgeleid, omtrent aansprakelijkheid voor schade, ten gevolge van eenig voorwerp geleden. Zoo zal b.v. de schade veroorzaakt door den val van een boom, naar mijn oordeel eenvoudig gedragen moeten worden door hem wien zij getroffen heeft, omdat geen ander daarvoor jegens hem aansprakelijk is gesteld. En deze voorstelling komt mij des te meer aannemelijk voor, omdat ik niet zie, hoe en waarom de wetgever, die met betrekking tot dieren en gebouwen nadere bepalingen noodig achtte, heeft kunnen meenen ten aanzien van boomen en andere voorwerpen alles onbepaald te moeten of te kunnen laten; (...) of te kunnen volstaan met die [aanduiding] welke het slot van art. 1403 a bevat (...).'³⁰⁵

2. Opzoomer

Opzoomer geeft een ruime uitleg aan artikel 1403. Dat kan hij doen mits die interpretatie maar leidt tot de reconstructie van de 'inwohnende Gedanke.'³⁰⁶ In 1403 wordt *in het algemeen* van zaken gesproken, en dus is er een algemene regel gegeven:

'...dat § 1 van ons artikel een algemeenen regel bevat, die zonder eenige uitzondering voor alle gevallen geldt, waarop zijn woorden van toepassing zijn.(...) En naast dien algemeenen regel komen dan, maar met een geheel eigen karakter, zoodat ze daardoor een recht op een zelfstandig bestaan hebben, veel meer dan enkel voorbeelden zijn, de bijzondere bepalingen.'³⁰⁷

Hierin verschilt hij volledig met Diephuis van mening. Welke redenen heeft Opzoomer voor zijn standpunt? Ondanks het beeld van Opzoomer als strikt aan de woorden van de wet vasthoudende jurist blijkt hij niet alleen in theorie, maar ook bij inhoudelijke

304. Toullier, C.B.M., deel 11 (3e druk, 1824), nr. 317; zo ook Demolombe die aansprakelijkheid laat volgen indien sprake is 'd'une faute, d'une imprudence ou d'une négligence imputable au propriétaire.' Demolombe, C., *Cours de Code Napoléon*, Traité des engagements qui se forment sans convention, deel 8, nr. 664; Larombière, op art. 1386, n. 10.

305. Diephuis, G., deel 11 (1888), p. 113.

306. Zie boven, § 1.C.2.

307. Opzoomer, C.W., *Het burgerlijk wetboek verklaard*, deel 6 (1879), p. 324-325.

onderwerpen de maatschappelijke wenselijkheid en de redelijkheid en de billijkheid mee te wegen bij de interpretatie³⁰⁸. Opzoomer:

'Is deze voorstelling mogelijk, ze is bovendien noodzakelijk. (...) Immers, de zaken, in die twee artikelen genoemd, dienen en in zeer bijzonderen toestand zich bevindende gebouwen, zal men toch wel niet geneigd zijn te beschouwen óf als de eenige voorbeelden ter opheldering van een gestelden regel gekozen, of als de eenige voorwerpen, voor wier schadelijke werking iemand aansprakelijk zou kunnen zijn. Veeleer zal men moeten en willen toegeven, dat terwijl volgens onze §1 de rechter in ieder voorkomend geval, waarin iemand wordt aangesproken voor schade, door een zaak (niet door een persoon) veroorzaakt, met volle vrijheid zal moeten beslissen, of die zaak heeten mag onder het 'opzigt' van den gedaagde te zijn, en hem in dat geval tot schadevergoeding te veroordeelen, die vrijheid daar, waar de zaak een dier of een gebouw is, door de bepalingen van art. 1404 en 1405 is beperkt.'³⁰⁹

De redactie van de artikelen 1403-1405 BW laat volgens Opzoomer nogal te wensen over. De wetgever heeft zich er met een jantje-van-leiden van afgemaakt, want:

'In plaats van bij dit en de twee volgende artikelen de ogen te openen voor al de vragen, waartoe de drie overeenkomstige artikelen van het Fransche wetboek aanleiding hadden gegeven, heeft men, als waren die nooit gedaan of als misten ze alle grond, zich maar weer eenvoudig aan het vertalen gezet.'³¹⁰

De onduidelijkheid vloeit voornamelijk daaruit voort dat er een algemene regel is gegeven náást bijzondere bepalingen. Over de verhouding tussen beide heeft de wetgever zich niet uitgelaten. Van andere rechtsstelsels maakt Opzoomer geen gebruik bij de behandeling van dit artikel. Dat was ook niet nodig. Binnen de woorden van de wet kon hij tot een acceptabele uitleg komen. Maar Diephuis standpunt wordt de heersende leer³¹¹.

3. De Nederlandse Juristen-Vereniging: geen afwijking van het schuldbeginsel³¹²

In 1874 discussieert de Nederlandse Juristen-Vereniging over de aansprakelijkheid van spoorwegondernemingen. Moest er een van het gewone burgerlijk recht, van het schuld-

308. Zie § 1.C.2.

309. Opzoomer, C.W., deel 6 (1879), p. 326. Bij van Dievoet wordt Opzoomer gekarakteriseerd als een iets strengere wetsuitlegger dan Diephuis. De grammaticale uitleg zou meer de boventoon voeren, en de wil van de wetgever, zoals die blijkt uit parlementaire stukken mag voor Opzoomer bij wetsuitlegging geen rol spelen. Zie Van Dievoet, E., (1943), p. 111. Zo ook Lokin, J.H.A., (1993), p. 29. Met de uitleg van artikel 1403 blijkt echter toch dat Opzoomer door juist dicht bij de tekst van de wet te blijven een ruime uitleg kan bewerkstelligen.

310. Opzoomer, C.W., deel 6 (1879), p. 323.

311. Af en toe wordt Opzoomers standpunt nog verdedigd. Zo had ook Land een uitleg, waarbij schuld niet vereist was. Land, N.K.F., *Beschouwingen over de verbintenis uit onrechtmatige daad* (1896), p. 164 ev. Zo bijvoorbeeld ook door Tichelaar, Scholten en Bruins. Zie hoofdstuk 6 § 2.C.

312. Zie over de Nederlandse Juristen-Vereniging uitgebreid Lokin, J.H.A., en C.J.H. Jansen, *Tussen droom en daad* (1996), passim; zie ook hoofdstuk 6.

beginsel afwijkende regeling komen? In 1859 en 1874 had de Spoorwegwet een aansprakelijkheid met omkering van de bewijslast gevestigd, maar die betrof slechts de door vervoerde personen en aan vervoerde goederen geleden schade. Moest er voor niet-reizigers iets vergelijkbaars worden geregeld³¹³? Sommigen staan dit voor, met een beroep op de wenselijkheid van een gunstiger positie voor de gelaedeerde. Deze voorstanders verwijzen naar de wetgevingen in Duitse landen. Wetsvergelijking voor het ius constituendum wordt met kracht voorgestaan. Wetgeving uit andere landen biedt 'voor het ius constituendum niet onbelangrijke bijdragen, en zoo het nog lang eene onmogelijkheid zal blijven een Europeesch regt te verkrijgen, zal het toch altijd zaak zijn, om bij de herziening van eigen regt op dat van naburige staten het oog te houden.'³¹⁴ Met grote meerderheid, met 27 tegen 14 stemmen, wordt een dergelijke verandering van het gewone burgerlijk recht afgewezen³¹⁵. Eenheid van recht (geen afwijking van het gewone recht voor bijzondere gevallen) en het schuldbeginsel als onwrikbaar systematisch uitgangspunt zijn de belangrijkste beweegredenen voor afwijzing. Dat geeft een fraai beeld van het legisme enerzijds en illustreert de grote waarde van het wetssystematische argument. Anderzijds biedt het een blik op de reeds aanwezige kracht van het aan de maatschappij ontleende argument³¹⁶.

D. DIEPHUIS' HEERSENDE LEER

In andere handboeken wordt de mening van Diephuis nagevolgd. De ruime uitleg van 1403 zoals door de Hoge Raad gegeven is volgens De Pinto weinig aannemelijk. De Pinto vermeldt in 1860 dat artikel 1403 lid 1 BW

'is alzoo geen voorbeeld, maar het regelt of expliceert de uitzondering op dien regel, waardoor de verantwoordelijkheid ook wordt uitgestrekt tot die schade, die veroorzaakt is door zaken, welke men onder zijn opzicht heeft, art 1403; en deze bepaling mag daarom ook niet worden uitgestrekt tot andere gelijksoortige gevallen, tenzij het blijke, dat de schade door de zaak veroorzaakt te wijten zij aan schuld of nalatigheid van den eigenaar, bezitter of gebruiker.'³¹⁷

Uitzonderingen op de regel dat aansprakelijkheid slechts volgt op eigen daad of verzuim moeten strikt geïnterpreteerd worden, volgens zowel De Pinto, als Teixeira de Mattos in een bewerking van De Pinto's handboek uit 1885³¹⁸. Zowel het Répertoire van

313. *Handelingen* 1874, p. 178.

314. *Handelingen* 1874, p. 182.

315. *Handelingen* 1874, p. 219.

316. Zie hoofdstuk 6 § 2.B.

317. De Pinto, A., (4e druk, 1860), p. 532.

318. De Pinto verwijst eveneens naar het hierboven weergegeven arrest van 7 november 1850. De Pinto, A., (1860), p. 532. De beide door De Pinto ter ondersteuning aangehaalde arresten zijn de volgende: HR 7 november 1850, W. 1218 (boven vermeld en weergegeven) en bovendien HR 30 oktober 1857, W. 1908. Dalloz, *Répertoire*, no. 749. Marcadé, V., deel 5 (5e druk, 1852), p. 269. Teixeira de Mattos, A., (1885), p. 571.

Dalloz als Marcadé biedt ondersteuning voor de strikte interpretatie. De voorbeelden van artikel 1385 en 1386 Cc, citeert De Pinto uit Dalloz: 'n'ont rien de limitatif.'

E. CONCLUSIES AANSPRAKELIJKHEID VOOR ZAKEN

De enge uitleg van artikel 1403 lid 1 wordt geaccepteerd in de literatuur, en niet de ruime uitleg van Opzoomer. Wat zou daarvan de reden kunnen zijn? De grammaticale, systematische en de historische uitlegmethoden hebben de meeste argumentatieve kracht. Dat is ook bij Opzoomer het geval. Ook hij laat zijn uitleg altijd berusten op 'de woorden zelve der geheele wet.' Die woorden kunnen echter veel omvatten als zij ook met behulp van redelijkheid en billijkheid uitgelegd worden. Dat doet Opzoomer bij artikel 1403, en dat was een extensieve interpretatie die voor de meeste juristen toch onacceptabel was.

Veel verwijzingen naar het Franse recht worden gebruikt. Is deze interpretatie met behulp van het Franse recht nog een historische interpretatie te noemen? Voor een groot deel zeker. Maar vaak blijkt het om een verwijzing naar het eigentijdse Franse recht te gaan. Naast de grammaticale, de systematische en de historische interpretatie verschijnt een nieuwe wijze van interpretatie, de rechtsvergelijkende. Wat is het belang van deze nieuwe rechtsvergelijkende methode bij de vorming van de heersende leer over artikel 1403? De Franse commentaren geven van het overeenkomstige artikel in de Code civil, 1384, een enge uitleg. Zij bieden zo een ondersteunende parallel voor de enge uitleg van 1403 in de Nederlandse rechtswetenschap: bij Diephuis, in zijn gebruik van het werk van Toullier, Demolombe en Larombière; bij De Pinto en Teixeira, waar deze gebruik maken van Marcadé. Waarom waren die rechtsvergelijkende argumenten nodig? Het heeft waarschijnlijk te maken met de gewoonte om Franse commentaren te gebruiken. Een gebruik vanwege een historische interpretatie verkeert langzaam in een gebruik van de eigentijdse Franse interpretaties. Deze vergelijking heeft misschien geen formele kracht van uitleg, maar in de discussie wordt zij wel gebruikt.

Naast deze rechtsvergelijkende argumenten uit het Franse recht is er sprake van gebruik van andere rechtsstelsels in de Nederlandse juristenvereniging. Ingegaan wordt op het wenselijke recht, het *ius constituendum*. Vooral wetgeving uit Duitse landen inzake aansprakelijkheid komt aan de orde. Wel worden al deze afwijkingen verworpen, omdat de *eenheid* van het burgerlijke recht in het BW, en het *beginsel* van 'schuld' vooropstaan. Dat geeft aan dat een verandering van het recht naar aanleiding van een buitenlandse opvatting in de periode van het legisme niet eenvoudig is.

§ 3. Artikel 2014

A. DE GERMAANSRECHTELIJKE LEER

Uit de vele interpretaties van 2014 in de periode na 1838 krijgt de interpretatie waarbij bezit gelijk gesteld wordt aan eigendom (Goudsmit, Coninck Liefsting en Diephuis) de overhand. Deze uitleg wordt de ‘Germaansrechtelijke’ genoemd³¹⁹. Deze interpretatie wijkt sterk af van de Romeinsrechtelijke, waarbij juist een scherp juridisch-dogmatisch verschil tussen bezit en eigendom wordt aangenomen³²⁰.

1. Diephuis

Veel uitgebreider dan twintig jaar voordien behandelt Diephuis in de jaren tachtig artikel 2014. Nog steeds ‘wordt over de betekenis dier bepaling (..) verschillend gedacht.’ Maar toch neigt de uitleg van deze bepaling veel sterker naar een gelijkstelling van bezit met eigendom:

‘Het bezit geldt als titel, als volkomen titel. De natuurlijke betekenis dier bepaling is deze, dat het bezit zich zelf wettigt, dat hij, die het heeft, daarom reeds als de rechthebbende beschouwd moet worden. De bezitter heeft het niet noodig zijn regt van bezit te staven. In het algemeen, in behalve in het geval van art. 2014b komt de vraag niet te pas, hoe hij het bezit heeft gekregen en van wien, of hoe lang hij het gehad heeft; hij heeft het, en dat is voor hem genoeg. Geen ander kan als eigenaar, en op grond van zijn eigendomsrecht, de zaak van den bezitter opvorderen; het beweerde regt, dat zoo iemand zou willen doen gelden, stuit af op het bezit van dezen. De bezitter wordt om zijn bezit zelf als de eigenaar beschouwd, zoodat geen ander tegenover hem een hooger regt kan hebben. Of liever, de onderscheiding van eigendom en bezit, die ten aanzien van andere zaken gemaakt en ook door de wet erkend worden, zoodat men eigenaar kan wezen zonder bezitter, en bezitter zonder eigenaar te zijn, en eigenaar kan worden doordien men een tijd lang bezitter is geweest, die onderscheiding valt voor de roerende goederen, waarvan art.2014a spreekt, weg, zoodat eigendom en bezit ten aanzien van die zaken één zijn. Tegenover den bezitter kan geen eigenaar staan; bezit is eigendom, de bezitter eigenaar; de zaak is de zijne, en het is onverschillig of men hem bezitter of eigenaar gelieft te noemen.’³²¹

Dat is duidelijk: bezit is eigendom, de zaak is de zijne, een volkomen gelijkstelling (behalve bij verlies of diefstal). Diephuis voert rechtshistorische argumenten aan voor zijn uitleg, en gebruikt daarvoor Bourjon, de geschiedenis van de Code civil, Toullier, Delvincourt, Aubry en Rau, Laurent en Marcadé. Naast deze rechtshistorische uitleg, gebruikt Diephuis grammaticale en systematische interpretatiewijzen: ‘..de bepaling, die zegt dat bezit als volkomen titel geldt, geeft ook door haren inhoud geen aanleiding, om aan een titel tegen de revindicatie te denken. Trouwens, van zoo iets spreekt de wet nergens..,’ en over het tweede lid van 2014: ‘de bepaling staat kennelijk in het naauwste

319. Zie hoofdstuk 4 § 3.

320. Zie daarover: Zwalve, W.J., (1992), p. 94, p. 109, p. 190.

321. Diephuis, G., deel 6 (1880), p. 379.

verband met die van het eerste lid, waarmede zij één art. uitmaakt, en waarmede zij door het woord niettemin verbonden is (...).’ Ten slotte: bezit moet worden opgevat als het bezitten voor zichzelf, als eigenaar, omdat dit volgt uit de betekenis die de term bezit heeft gekregen in het Burgerlijk Wetboek, in de artikelen 604 en 605. Diephuis: ‘Bij art. 604 sub 1 en 605 sub 1 hebben wij alleen aan een bezit in dien bepaalden zin te denken, en wij zouden bij eene bepaling van gelijksoortige, maar veel krachtiger strekking, dat woord in de meest algemeene beteekenis moeten opvatten?’³²² De goede trouw is volgens Diephuis niet vereist: ‘behalve in het geval van art. 2014b, komt de vraag niet te pas, hoe hij het bezit heeft gekregen en van wien (...) hij heeft het, en dat is voor hem genoeg.’³²³

Nu is het interessante dat in de argumentatie van Diephuis vrij veel te herkennen valt van de argumentatie van Laurent³²⁴. Diephuis behandelt uitgebreid verschillende standpunten in het Franse recht. Hij vermeldt Toullier, Delvincourt, Zachariae (Aubry et Rau) en de Gentse hoogleraar Laurent. Opvattingen over 2279 Cc van Toullier (vermoeden van eigendom) en van Marcadé (‘*préscription instantanée*’) verwerpt Diephuis met kracht³²⁵. In het commentaar van Toullier zijn een tweetal opvattingen aan te treffen. Hij blijkt, naast het vermoeden van eigendom als uitleg, op een andere plaats uit te gaan van een gelijkstelling van bezit met eigendom. Zo verschillen de interpretaties niet alleen tussen de schrijvers, maar zelfs bij één en dezelfde schrijver:

‘A défaut de l’une de ces deux preuves, celui qui revendiquerait le meuble contre le possesseur, prouverait inutilement qu’il en était propriétaire. Le possesseur lui répondait avec succès: Ma possession vaut titre; il est possible que vous fussiez propriétaire de ce meuble, mais vous ne l’êtes plus; vous l’avez aliéné de manière ou d’autre, puisque vous ne prouvez ni que vous l’avez perdu, ni qu’on vous l’a volé, et que cependant vous en êtes dessaisi. J’en suis aujourd’hui propriétaire puisque je le possède: vous n’avez rien à me demander.’³²⁶

Er is in Diephuis’ *weergave* van de Franse commentaren meer eenstemmigheid waar te nemen in de Franse literatuur. Wanneer we de standpunten van Aubry en Rau, en Laurent (wier werken door Diephuis als voorstanders van zijn standpunt worden aangehaald) beschouwen, dan valt ook in die Franse literatuur een verandering op ten gunste van de ‘Germaansrechtelijke’ interpretatie. Aubry en Rau vermelden een vermoeden van eigendom, zodat de bezitter in staat is een revindicatie van de eigenaar af te slaan. Dit standpunt gaat minder ver dan dat van Diephuis. Toch geeft hun standpunt de bezitter een zeer sterke positie. Waarom? Het vermoeden van Aubry en Rau is een vermoeden

322. Diephuis, G., deel 6 (1880), p. 382.

323. De goede trouw is alleen van belang voor de teruggave van de koopprijs op grond van artikel 637 BW, waarop de bezitter die op grond van artikel 2014 lid 2 zijn bezit kwijt raakt aan de oorspronkelijke eigenaar recht zou kunnen hebben. Zie Brunner, C.J.H., (1992), p. 2, over (onder meer) het vereiste van de goede trouw bij Diephuis.

324. Diephuis, G., deel 6 (1880), p. 376-379.

325. Zie hoofdstuk 3 § 4.B.

326. Toullier, C.B.M. deel 9 (1821), nr. 94.

van eigendom 'absolue et irréfragable.' Waarom deze veel stelliger uitleg? Dat hangt samen met de redactie van artikel 2279 Cc, want omdat het tweede lid een uitzondering bevat op de regel uit het eerste lid, en spreekt over de mogelijkheid te revindiceren in de twee genoemde gevallen, diefstal en verlies, moet het eerste lid noodzakelijkerwijs wel in de zin van de uitzondering worden uitgelegd, en de mogelijkheid van de revindicatie dus *in het algemeen* dienen uit te sluiten:

'En fait des meubles, la possession vaut titre. Art. 2279, al 1. En d'autre termes, la possession engendre instantanément, et par elle-même, en faveur du possesseur d'une chose mobilière, une présomption de propriété, à l'aide de laquelle il peut repousser toute action en revendication, et qui est, en général, absolue et irréfragable. Il suit de là que l'action en revendication n'est point, en règle, recevable en fait de meubles. Toutefois, et par exception à cette règle, celui qui a perdu une chose mobilière, ou auquel une pareille chose a été volée, est autorisé à la revendiquer entre les mains de tout tiers possesseur, même de bonne foi.' ³²⁷

Nog verder gaat Laurent, en het is eerst met recht dat Diephuis diens standpunt aanhaalt als gelijk aan zijn eigen mening. Ook Laurent legt 'la maxime de l'article 2279' in de eerste plaats uit met behulp van de in het tweede lid geformuleerde uitzondering:

'Le deuxième alinéa de l'article 2279 précise le sens du premier; il est ainsi conçu: "néanmoins celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose peut la revendiquer pendant trois ans contre celui dans les mains duquel il la trouve." Ainsi c'est par exception, dans les cas de perte ou de vol, que les choses mobilières peuvent être revendiquées contre le possesseur; la règle est donc que les meubles ne peuvent pas être revendiqués.' ³²⁸

Vervolgens neemt Laurent een volgende stap. Want waarom is die revindicatie van roerende goederen in het algemeen onmogelijk? Dat komt omdat er meer is dan slechts een vermoeden van eigendom, zoals door Toullier (tegenbewijs is mogelijk) en Aubry en Rau (een vermoeden 'absolue et irréfragable') wordt voorgestaan. De tekst van de wet spreekt nergens over een vermoeden, en de geschiedenis van de wetsbepaling leert Laurent dat door het bezit alleen, de eigendom aanwezig is. Bourjon sprak over 'la simple possession produit tout l'effet d'une titre parfait.' Wat is een titre parfait, een volkomen titel, anders dan de eigendom? Want een volkomen titel (in het Franse recht) is een titel die de eigendom doet overgaan, 'comme la vente, la donation,' zoals de koop, of de schenking:

'Or, on ne dira certes pas d'un titre de vente que c'est une présomption; c'est plus que cela, c'est l'acquisition de la propriété; le possesseur n'est pas présumé propriétaire, il est propriétaire. (...) Le possesseur est propriétaire par cela seul qu'il possède; la possession est son titre; et il serait absurde de permettre une preuve contraire au fait de la possession, car ce fait doit

327. Aubry, C., en Rau, C., *Cours de droit civil Français*, deel 2 (4e druk, 1869), § 183, p. 107-108.

328. Laurent, F., *Principes de droit civil*, deel 32 (1878), § 540, p. 552

être établi pour que le possesseur puisse invoquer la maxime de l'article 2279, et quand le fait est établi, il ne peut plus s'agir de faire la preuve contraire.' ³²⁹

Diephuis formuleert zijn standpunt met de wetenschap van de argumentatie in de door hem genoemde commentaren van Aubry en Rau, en Laurent. Diezelfde argumentatie is bij Diephuis zelf herkenbaar. Naast grammaticale, systematische en rechtshistorische uitlegmethoden zijn in de argumentatie van Diephuis de vergelijkende beschouwingen over het eigentijdse Franse recht nadrukkelijk aanwezig ³³⁰.

2. De Germaansrechtelijke leer nagevolgd in de literatuur

De uitleg van Diephuis is in de laatste decennia van de negentiende eeuw de heersende leer. Zo stelt bijvoorbeeld Asser, in navolging van de met name genoemde Diephuis dat de bezitter van een roerende zaak het 'eenige en tevens het hoogste recht, d.i. het eigendomsrecht heeft,' en dat dezelfde uitleg in Frankrijk de heersende uitleg is. Aldus wordt Diephuis' uitleg vaster ingebed in de literatuur ³³¹. Is er daadwerkelijk sprake van eenzelfde uitleg in Frankrijk? Uit de *Jurisprudence Générale Dalloz* blijkt dat er rond 1900 in Frankrijk een veelheid aan interpretaties is en dat de rechtspraak een vermoeden van eigendom voorstaat ³³². De historische interpretatie brengt Land tot een vergelijkbaar standpunt als dat van Diephuis. Omdat in de Code civil het Germaansrechtelijke beginsel in artikel 2279 Cc is bedoeld weer te geven, moet dit ook zo zijn voor artikel 2014 ³³³. Land toont zich een voorstander van een historisch-continue uitleg:

'De continuïteit van het recht wordt nooit zonder groot gevaar miskend. Zooals het recht van heden nooit volledig verklaard wordt, tenzij wij ook zijne historische wording nagaan (...), zal ook voor de toekomst weinig heil zijn te wachten van het breken met het bestaande recht, waarin toch ook veelal een gezonder kern en meer stof tot ontwikkeling ligt, dan sommigen in hun ongeduld wel meenen. De richting waarin het recht zich voortbewoog, verder te vervolgen,

329. Laurent, F., deel 32 (1878), § 542, p. 557.

330. Zie hoofdstuk 4 § 3.A.3. Overigens wordt in de Franse rechtspraak in die tijd wel de theorie van het vermoeden van eigendom aangehangen, zo vermeldt ook Laurent. Daarmee wijkt de doctrine af van de heersende rechtspraak in Frankrijk. Laurent, F., deel 32 (1878), § 542, p. 558. Zie voor eenzelfde afwijking tussen theorie en rechtspraak § 2.

331. Asser, C., *Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht* deel 2 (2e druk, 1890), p. 38-42.

332. *Jurisprudence générale Dalloz, Nouveau Code Civil, annoté et expliqué d'après la jurisprudence et la doctrine* deel 4 (1907), art. 2279, nr. 18., p. 1973.

333. Land, N.K.F., *Ons recht op roerend goed, Rechtsgeleerd magazijn* 1889, p. 283. en dezelfde auteur: *Burgerlijk regt en regtsvordering - Aanteekeningen op artikelen van het burgerlijk wetboek*, V, *Themis* 1873, p. 485-486; Zie (kort) § 1.C.2.; over Lands historische interpretatiemethode zie ook Kop, P.C., (1992) p. 40.

wijst ons in den regel den meest betrouwbaren weg; die weg is meestal langer dan wij wenschen, doch de ervaring van eeuwen dwingt ons toch tot een bedachtzamen tred.' ³³⁴

Onder invloed van Savigny staat deze historische interpretatie aan het einde van de negentiende eeuw sterk in de belangstelling. Het lijkt mij dat deze opwaardering van de historische argumentatie het gebruik van eigentijdse buitenlandse bronnen, de rechtsvergelijkende methode heeft gekatalyseerd.

3. Bestendiging in de rechtspraak

De rechtspraak volgt Diephuis' Germaansrechtelijke uitleg. Met name de uitspraken van de Hoge Raad rond 1900 waaraan Coninck Liefsting als raadsheer heeft meegewerkt, vallen op door hun overeenkomst met Diephuis' uitleg ³³⁵. Reeds in 1883, later in 1895, 1900 en 1906 spreekt de Hoge Raad zich uit in de zin van Diephuis' mening. Ook de AG Gregory concludeert in 1900 in overeenstemming met de mening van Diephuis. Over welke kwestie ging het in die zaak uit 1900? Zij speelt in Nederlands-Indië, waar de heer Voûte koffie had laten inzamelen van landen die hij had gehuurd, doch waarvan de huurtermijn ten tijde van de inzameling reeds was verstreken:

'Nu is het volkomen waar dat de app. op koffie die, zooals de geïnt. beweert, na 1 jan. 1894 werd ingezameld, gelijk uit het zoo straks besprokene volgt, uit het contract geen recht kon ontleenen, maar dit neemt niet weg dat de app. juist door die inzameling al geschiedde ze te kwader trouw, bezitter werd en dus t.a. van die koffie, krachtens art. 1977 1e al. I.B.W., geheel overeenkomende met art. 2014 1e al. van ons B.W. en huldigende den regel "en fait de meubles possession vaut titre", als eigenaar moet worden beschouwd. En zoo zegt dan ook Diephuis, Syst. VI bl. 380-381: "de wet beschermd hem (den bezitter) tevens, waar hij de zaak tegen, althans zonder zijnen wil is kwijtgeraakt." ' ³³⁶

De Hoge Raad, met Coninck Liefsting als raadsheer, gaat mee in deze conclusie: '(...) omdat de app. door de inzameling krachtens art. 1977 I.B.W. eigenaar was geworden (...)' Geen sprake is echter van een vereiste van goede trouw. Over dat vereiste bestond ook geen duidelijkheid. In de Nederlandse Juristen-Vereniging wordt het in 1890 wel als vereiste voorgesteld. Dan wordt echter ook een nieuwe interpretatie van 2014 verdedigd.

334. Land, N.K.F., *Verklaring van het burgerlijk wetboek*, deel 1 (1889), p. viii-ix. De wet staat bij Land centraal, en vaak wordt hij afgeschilderd als de meest illustratieve vertegenwoordiger van het legisme. Maar meer nog dan als 'legist', zou Land geschetst kunnen worden als een aanhanger van deze 'historische methode'. Zie verder Kop, P.C., (1992), p. 42; Salomons, A.F., (1990) p. 43.

335. In een arrest uit 1855 wordt al een vergelijkbare uitleg gegeven. Artikel 2014 maakt de bezitter eigenaar door onmiddellijke verjaring, mits deze te goeder trouw is. Zie hoofdstuk 4 § 3.B.

336. HR 14 december 1900, *Weekblad van het Recht* 7536, 25 jan. 1901, De andere uitspraken zijn te vinden in: *Weekblad van het Recht* 4929, *Weekblad van het Recht* 6616 en *Weekblad van het Recht* 8390.

B. DE EERSTE TERUGTRED VAN DE GERMAANSE UITLEG

1. Van Bemmelen's Romeinsrechtelijk stelsel

De vergadering van de NJV uit 1890 is om twee punten interessant. In de eerste plaats vanwege een uitleg van Van Bemmelen, die een zeer afwijkende historische interpretatie hanteerde voor een afwijkend standpunt. In de tweede plaats (zie § 3.B.2) omdat een nieuwe uitleg van 2014 verschijnt waarbij met meer vrijheid wordt geïnterpreteerd. De heersende leer is nog sterk vertegenwoordigd. Dat wordt met name veroorzaakt door een reactie op Van Bemmelen's preadvies. Daarin toont hij zich een voorstander van een vrijwel onbeperkte revindicatie³³⁷. Zijn argumenten daarvoor zijn de volgende. In het Franse artikel 2279, met de woorden 'possession vaut titre,' en het Nederlandse artikel 2014 wordt in het geheel geen Germaansrechtelijk stelsel uitgedrukt, maar juist een Romeinsrechtelijk, met een onderscheid tussen bezit en eigendom, en met een (onbeperkte) mogelijkheid van revindicatie. Van Bemmelen maakt gebruik van een bont palet van verschillende rechtsstelsels: van dicht bij huis, van 'zuiver germaansche rechten (het scandinavische en het engelsche)'³³⁸, via het Griekse recht naar Indiase rechtsstelsels, waar 'uit Brahmaansche scholen voortgesproten heilige boeken (...) geen spoor van beperking der revindicatie' laten blijken³³⁹. Zowel de (afwijkende) historische interpretatie als de afwijkende uitleg overtuigt niemand in de vergadering. Levy merkt het op tijdens de vergadering: 'Sedert Von Savigny is het de hoogste eeretitel van den jurist, indien hij bij zijne rechtshanteering de historische continuïteit niet uit het oog verliest, en eene aanbeveling voor den wetgever, indien hij zich inprent dat het recht niet sprongen maakt, zoomin als de natuur dat doet.'³⁴⁰ Deze zonde tegen de historische continuïteit begaat Van Bemmelen juist wel. Van Bemmelen's voorkeur ging uit naar het volgende systeem:

'Ik meen nog, dat het romeinse stelsel van onbeperkte revindicatie, ook zonder eenige moderatiën, geen ernstig bezwaar oplevert. De eigendom worde gehandhaafd omdat hij eigendom is, van roerend goed gelijk van onroerend goed. Wie het goed eens derden bona fide gekocht heeft, troostte zich in dit zijn ongeluk; hetgeen hem gemakkelijker zal vallen dan den eigenaar, die zich behalve over zijn ongeluk ook over zijn geschonden recht zal hebben te troosten.'³⁴¹

337. Tegen deze vereenvoudigde weergave van het Romeinse stelsel zal Coninck Liefsting bezwaar maken. Zie *Handelingen* II (1890), p. 31.

338. Van Bemmelen, P., in: *Handelingen* I (1890), p. 8.

339. *Handelingen* I (1890), p. 10-11. De door Van Bemmelen aangehaalde schrijvers zijn onder meer: Müller, *The sacred books of the east* (1879-1886); Kohler, *Indische Gewohnheitsrechten*, in: *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, Band 8 (1888); Thalheim, Th., *Die Griechischen Rechtsalterthümer* (1884); Leist, B.W., *Gräco-Italische Rechtsgeschichte* (1884); Leist, G.A., *Der attische Eigentumsstreit im System der Diadikasen*, (1886); Bücheler, F., en Zitelmann, E., *Das Recht von Gortyn* (1885); Bernhöft, *Das Gesetz von Gortyn*, in: *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* 1886, p. 291.

340. *Handelingen* II (1890), p. 20.

341. *Handelingen* I (1890), p. 32.

'Volkomen viciëus' was een van de oordelen in de vergadering: 'Van Bemmelen spreekt van het wezen van het recht en ik kan mij nu geen ander wezen van het recht denken dan hetgeen ontstaan is als gevolg van de maatschappelijke behoefte en van de billijkheid.'³⁴² Een andere interpretatie zou door de vergadering worden aanvaard. Een interpretatie die veel minder uitgaat van een gelijkstelling van bezit met eigendom, maar niet zo ver gaat als die van Van Bemmelen³⁴³.

2. Het nieuwe vraagpunt van Molengraaff en Roelvink

Onder anderen Molengraaff en Roelvink stellen een anders geformuleerd vraagpunt voor. Dat nieuwe vraagpunt biedt op twee manieren een blik op de periode die op het legisme volgt. De eerste manier heeft te maken met de opzet van de NJV. Er wordt gediscussieerd over het wenselijke recht (*ius constituendum*). Ook Van Bemmelen laat zich daar over uit:

'De J.-V. houdt zich bezig, noch met wetsinterpretatie, noch met rechtsgeschiedenis, maar met het *ius constituendum*. Zij vraagt niet wat recht is of geweest is, maar alleen wat recht behoort te zijn. Het moet haar dus volkomen onverschillig zijn, of een stelsel romeinsch of germaansch is. Zij vraagt slechts: wat is nuttig, heilzaam, goed, en zulks niet in abstracto, maar bij ons te lande en heden ten dage.'³⁴⁴

Het wenselijke recht van Van Bemmelen met betrekking tot 2014 is echter een ander dan dat van de meeste andere aanwezigen. Van Bemmelen houdt vast aan systeem van de wet: eigendom als Romeins rechtsbegrip moest worden gehandhaafd, en een onbeperkte revindicatie was daarvan het gevolg. Maatschappelijke behoefte en billijkheid spelen voor Roelvink en Molengraaff een grotere rol, bij de beoordeling van de wenselijke interpretatie. Dat is karakteristiek voor de in het volgende hoofdstuk te bespreken periode van de vrije rechtsvinding waarbij de uitlegger een grotere vrijheid ten opzichte van de wet nemen mag. Ook in de discussie over de aansprakelijkheid bij spoorwegvervoer is deze argumentatie duidelijk aanwezig (1874), maar legt een aan de maatschappij ontleende argumentatie (bescherming van gelaedeerden) het nog af tegen tekst en systematiek van de wetgeving³⁴⁵.

342. *Handelingen* II (1890), p. 55.

343. Juist in Frankrijk wordt aan de uitleg van Van Bemmelen veel aandacht geschonken, naar aanleiding van zijn *Le système de la propriété mobilière* (1886). Baudry-Lacantinerie schrijft daarover: '(...)la propriété mobilière ne donnait lieu à un droit de suite qu'au cas de perte ou de vol. Il faut ajouter que cette théorie n'est pas admise par tous les auteurs. Elle a été combattue récemment dans un fort intéressant ouvrage de M. van Bemmelen. D'après lui les prétendus principes germaniques n'ont pas existé et ce n'est que depuis le siècle dernier que la législation allemande et surtout la législation Française ont porté atteinte la revendication mobilière.' in: Baudry-Lacantinerie, G., en Tissier, A., *Traité théorique et pratique de droit civil, de la prescription* (3e editie, 1905), nr 818, p. 644.

344. *Handelingen* I (1890), p. 2.

345. Zie § 2.C.3.

De tweede manier waarop de volgende periode zichtbaar wordt ligt in de uitkomst van de discussie. De nieuwe uitleg van 2014 wordt ontleend aan het Duitse recht. Het is de aanzet tot de 'moderne' theorie of legitimatietheorie, waaraan vooral de naam van Paul Scholten verbonden is. De vergadering stemt in met preadviseur Roelvink. Zijn voorkeur gaat, na een rondgang langs wetgevingen van verschillende landen, uit naar een uitleg overeenkomstig artikel 877 eerste ontwerp BGB:

'Wenn der Veräußerer nicht Eigenthümer der Sache war, der Erwerber aber diesen Umstand bei dem sich vollziehenden Erwerbe nicht gekannt, seine Unkenntnis auch nicht auf grober Fahrlässigkeit beruht hat, so erlangt der Erwerber durch den im § 874 bezeichneten Vertrag das Eigenthum.³⁴⁶

Roelvink acht deze bepaling voor het Nederlandse recht de juiste, met toevoeging van de goede trouw. Indien er enige reden bestaat voor de verkrijger om te twifelen aan de eigendom van de vervreemder, behoort de laatste geen eigendom te verkrijgen. In de uiteindelijke versie van het BGB, in § 932, wordt die goede trouw expliciet ingebracht³⁴⁷. Wat is de belangrijkste grond voor Roelvinks standpunt? Die vinden wij samengevat in de volgende zinnen:

'Terwijl de band tusschen den eigenaar en zijn goed tengevolge van de economische ontwikkeling veel losser is geworden, hebben de bezwaren, verbonden aan de handhaving van dien band, daar waar de zaak feitelijk aan den eigenaar is onttrokken, zeer in gewicht gewonnen.(...) De geheele wereld is één verkeersgebied geworden. Spoorwegen en stoomboten brengen de goederen in korten tijd van het eene einde der aarde naar het andere. (...) Onze conclusie kan geen andere zijn dan, dat een onbeperkt vindicatierecht voor roerend goed in strijd met de behoeften van onzen tijd, inderdaad onrecht is, en dat althans hij, die te goeder trouw en zonder dat hem nalatigheid verweten kan worden zijne "waarde" in eenig goed belegd heeft, zeker behoort te zijn, dat hem zijn recht op dat goed niet door een ander betwist kan worden, alleen op grond, dat het vroeger deel uitmaakte van diens vermogen en tegen zijn wil daaraan onttrokken is.'³⁴⁸

Tijdens de discussie stellen Roelvink en Molengraaff tezamen met andere aanwezigen het vraagpunt voor:

'Behoort de wetgever uit te gaan van het beginsel, dat hij, die roerend goed in zijne persoonlijke macht heeft, daarop - ofschoon onbevoegd hiertoe, toch zakelijke rechten kan verschaffen aan derden, zoo dikwijls van hen niet kan worden aangetoond, dat zij met diens onbevoegdheid bekend waren of behoorden te zijn?'

346. *Handelingen I* (1890), p. 205-206. In het BGB is deze bepaling uiteindelijk terecht gekomen in § 932. Zie hoofdstuk 6 § 3.A.2.

347. De meningsverschillen over de noodzaak van goede trouw duren voort. Zie de voorgaande paragraaf met de uitspraak van de Hoge Raad uit 1900; zie tevens § 6.3.1.2 over de veranderde opvatting van Scholten tussen 1905 en 1911.

348. *Handelingen I* (1890), p. 203-205.

Ondanks de onbevoegdheid van een bezitter/niet-eigenaar om de eigendom over te dragen, zal deze 'tegenover derden [optreden] als de persoon, die wèl bevoegd is om over het goed te beschikken.'³⁴⁹ Dit vraagpunt wordt door de vergadering in stemming gebracht en aangenomen³⁵⁰. De vraagstelling is zeer toegesneden op de wijze waarop het Duitse artikel uit het ontwerp is geredigeerd.

De argumenten hebben in die vergadering een geheel ander aanzien gekregen. In de eerste plaats staat als wenselijke uitleg de behoefte van de maatschappij voorop, in de tweede plaats hebben rechtsvergelijkende argumenten een meer nadrukkelijke positie verkregen. In het bijzonder daarom, omdat het handelsverkeer zich over de grenzen van de nationale rechtssystemen heen uitstrekt. Duidelijk wordt zichtbaar dat met Opzoomers rechtsontwikkeling, met het *ius constituendum* zoals dat door Van Bemmelen was verwoord, een ruime mogelijkheid is geboden om oplossingen uit andere rechtssystemen nadrukkelijk in de discussie een rol te kunnen laten spelen. Dat is juist het geval als ook tekst en systeem minder belangrijk worden als middelen van uitleg. Maar wellicht is tevens van belang geweest dat het handelsrecht juist gediend is met een minder star aan tekst en systeem van het BW vasthoudende interpretatie en dat Molengraaff zich vooral met het handelsrecht heeft bezig gehouden.

C. CONCLUSIES ARTIKEL 2014 BW

Ook in de discussie over artikel 2014 blijkt het vooralsnog de mening van Diephuis te zijn die de boventoon voert. Het zijn vooral grammaticale, systematische en historische argumenten die voor de onderbouwing zorgen. Dezelfde soort onderbouwing kiest Van Bemmelen voor zijn afwijkende mening. Uit de vergadering van de Nederlandse juristenvereniging blijkt dat de heersende uitleg aan het veranderen is. De interpretatie van Roelvink en Molengraaff krijgt daar de voorkeur. Voor die acceptatie is het belangrijkste argument het maatschappelijk belang. Voor de onderbouwing wordt gebruik gemaakt van andere rechtssystemen.

De heersende mening wordt onderbouwd met aan het Franse recht ontleende historische argumenten. Zo ontleent Diephuis veel aan de Franse wetsgeschiedenis, zoals vermeld bij verschillende Franse schrijvers. Zo ook Van Bemmelen, die zich meer van andere 'Germaansrechtelijke' bronnen bedient. Het rechtshistorisch argument wordt belangrijker. Verschillende schrijvers (Land, Levy) wijzen in navolging van de Duitse rechtswetenschap op de continuïteit van de rechtsontwikkeling. Ook wordt, met name door Diephuis, gebruik gemaakt van eigentijdse standpunten uit het Franse recht. Dat heeft voor Diephuis door de gedetailleerdheid waarmee hij die discussie behandelt, waarde voor de uitleg. Het is een rechtsvergelijkende exercitie die net als bij de aansprakelijkheid voor zaken, ook hier duidelijk gestalte krijgt. De nieuwe uitleg wordt beargumen-

349. *Handelingen II* (1890), p. 44.

350. *Handelingen II* (1890), p. 77.

teerd door te wijzen op de maatschappelijke wenselijkheid. In dat verband wordt juist gewezen op het Duitse recht. In de vergadering van de NJV wordt een bepaling uit het ontwerp voor een Duits burgerlijk wetboek onderschreven. Ook aan het handelsrecht en aan Molengraaff kan de onderschrijving van een uitleg als in het Duitse artikel te danken zijn.

§ 4. Publiek domein

In de late jaren veertig van de negentiende eeuw kiest Thorbecke duidelijk positie in zijn colleges over het administratiefrecht. Daarin spreekt Thorbecke een sterke voorkeur uit voor een Franse theorie van het *domaine public*, een theorie die afkomstig is van de Franse hoogleraar Proudhon. In een handgeschreven collegedictaat van één van zijn leerlingen komen passages voor die overduidelijk wijzen op een publiekrechtelijk uitgangspunt voor overheden bij publiek domein³⁵¹. De theorie van het *domaine public* is gedurende een halve eeuw de heersende leer. Zo schrijft in 1885 Teixeira de Mattos:

‘De waarheid is deze: er moet onderscheid gemaakt worden tusschen de zaken, die de staat bezit *jure publico*, zoo als b.v. de rivieren en stroomen; daarop zijn geene regten van particulieren denkbaar; en die welke hij bezit *jure privato*, zoo als b.v. de eilanden en platen(...)’³⁵²

Het lijkt zo stellig. Er is echter iets merkwaardigs aan de hand. De heersende leer van het *domaine public* blijkt, anders dan veelvuldig is aangenomen, met name een heersende leer in het nieuwe vakgebied van het administratieve recht. Het privaatrecht lijkt de theorie van ‘*domaine public*’ te accepteren, maar onder de oppervlakte is meer aan de hand. In de onderbouwing blijken problemen te schuilen³⁵³.

A. PROUDHON EN THORBECKE

In een college administratiefrecht in het studiejaar 1846-1847 behandelt Thorbecke de wetgevende macht van het gemeentebestuur, met betrekking tot de ‘tot gemeene dienst van allen bestemd[e]’ plaatsen. Op deze zaken

‘vindt het gewoon begrip van eigendom [...] geene of althans eene zeer beperkte toepassing, want eigendom is de uitsluitende verbintenis van eene zaak met eenen persoon, en bij de zaken valt die uitsluiting[...] het eerste vereiste van eigendom, weg, daar zij dienen tot het bereiken van de vervulling der behoeften of het gebruik van allen.’³⁵⁴

351. Thorbecke, J.R., *Collegedictaat administratief regt* (1846-1847). Dit manuscript bevindt zich in de universiteitsbibliotheek Maastricht onder nummer MU EAG 661.

352. Teixeira de Mattos, A., (1885), p. 256-257.

353. Zie hierover Milo, J.M., (1995), p. 166-187.

354. Thorbecke, J.R., *Collegedictaat* (1846-1847), p. 63-64.

Overheidseigendom komt ook aan de orde in het college dat handelt over 'het bestuur van den Staat of de Rijksgemeente.' De staat oefent over sommige zaken een in het publiekrecht wortelende macht uit: 'Hetgeen de Staat iure publico bezit is op eenen anderen grond dan hetgeen hij iure privato bezit, het is meestal tot een ander einde bestemd en wordt volgens andere regels dan het domein bestuurd.'³⁵⁵ Thorbecke's argumentatie is als volgt: wanneer de karakteristieken van privaatrechtelijke eigendom worden gezien, dan blijkt dat één daarvan de zogenaamde exclusiviteit betreft, het recht van de eigenaar om met uitsluiting van een ieder van de zaak gebruik te kunnen maken³⁵⁶. Het is deze karakteristiek die zich niet goed verdraagt met publiek domein. De zaken die tot publiek domein horen 'dienen tot het bereiken van de vervulling der behoeften of het gebruik van allen.' Deze gedachtengang vindt veel weerklank bij leerlingen van Thorbecke, zoals De Bieberstein en Olivier³⁵⁷. De Franse hoogleraar Proudhon was degene die 'domaine public' met kracht introduceerde. Proudhon:

'Ce domaine n'est pas en tout soumis aux règles qui gouvernent le droit ou le domaine de propriété, puisqu'il ne peut être la propriété de personne; mais il est soumis aux lois et règlements de police, et à l'administration exercée par le gouvernement ou en son nom.'³⁵⁸

Zo wordt publiek domein door hem niet onderworpen geacht aan privaatrechtelijke rechtsregels, maar aan publiekrechtelijke: 'aux lois et règlements de police, et à l'administration exercée par le gouvernement ou en son nom.' Proudhon heeft ook een onderbouwing uit de artikelen 538-540 Cc³⁵⁹. In de drie Franse artikelen wordt gesproken over bepaalde zaken die behoren tot het 'domaine public.' Maar eigenlijk is bedoeld, zo zou volgen uit de Franse wetsgeschiedenis, een onderscheid weer te geven tussen de zaken genoemd in 539 enerzijds en de artikelen 538 en 540 anderzijds. In de laatstgenoemde artikelen worden zaken vermeld met een openbare bestemming. Deze openbare bestemming ontbreekt bij de zaken in het eerste artikel. De genoemde zaken met een openbare bestemming 'ne sont pas susceptible d'une propriété privée' (art 538 en 540 Cc). Proudhon begrijpt dit als 'ne peut être la propriété de personne.' De zaken kunnen niemands eigendom zijn, óók niet van de overheid³⁶⁰.

355. Zie verder bij Thorbecke in zijn *Aanteekening op de Grondwet* deel 2 (1843), p.136-137. Met betrekking tot publieke zaken van de gemeente merkt hij op dat daarover 'niet door het thans regerend bestuur, als particulieren over de hunne, [mag] worden beschikt. Want zij behooren aan de allen overlevende universitas, waarin de tegenwoordige leden niet meer regt hebben, dan hunnen opvolgers.' Verder merkt Thorbecke op in *Over plaatselijke begroting* (1847), p.64-67, dat 'markten of hallen (...) uit haren aard publieke verkoopplaatsen, in deze hoedanigheid zoo min, als weg of straat, privaateigendom der gemeente' zijn. Zie ook Thorbecke in *De Gids* 1843, p. 446-451.

356. Zie voor artikel 625 BW hoofdstuk 2 § 4.

357. Zie ook Poortinga, E., *De scheiding tussen publiek- en privaatrecht bij Johan Rudolph Thorbecke* (1987), p. 207-252. Vegting, W.G., (1946), p. 214.

358. Proudhon, J.B.V., *Traité du domaine de propriété* (1842), p. 308 onder nr. 816.

359. Zie hoofdstuk 3 § 4.C.3.

360. Zie daarover ook hoofdstuk 6 § 4.C, waar met deze opvatting wordt afgerekend door Barckhausen (1884).

B. THORBECKE'S LEERLINGEN EN HET ADMINISTRATIEFRECHT

Proudhons 'domaine public' wordt de heersende leer in het Franse administratiefrecht. In het Nederlandse recht vindt deze theorie ingang door Thorbecke. Leerlingen van Thorbecke en handboeken administratiefrecht hangen deze leer van het 'domaine public' aan³⁶¹. Zo bijvoorbeeld twee promovendi van Thorbecke, Olivier en De Bieberstein. Olivier maakt een onderscheid tussen zaken die een overheid 'als domein, jure privato' bezit, en zaken die een overheid op een publiekrechtelijke wijze, 'krachtens zijne regeringsbevoegdheid,' kunnen toebehoren. En zo behoort 'De straat (...) aan het publiek; (...) eenen grond die door zijne bestemming zelfs onvatbaar is voor bijzonderen eigendom.'³⁶² Olivier verwijst naar Proudhon, en onderschrijft diens argumentatie³⁶³. Ook het privaatrecht verschaft Olivier argumenten. In art. 538 Cc wordt gesteld dat de in dat artikel genoemde zaken 'ne sont pas susceptibles d'une propriété privée,' niet vatbaar zijn voor eigendom. Het overeenkomstige Nederlandse artikel, artikel 577 BW wil hetzelfde zeggen. 'Het beginsel evenwel,' zegt Olivier,

'is bij ons even als in Frankrijk, dat de bevaarbare en vlotbare stroomen behooren aan den Staat. Behooren, dat is niet, dat zij deel uitmaken van de domeinen van den Staat en dat deze er regt van beschikking over heeft; maar dat zij (...) niet aan de publieke dienst kunnen onttrokken worden. Van beperking van het regt van eigendom (...) kan dus geene sprake zijn, want er is geen eigendom van een vlotbaar en bevaarbaar water.'³⁶⁴

Proudhon en Thorbecke klinken door in dit citaat. Olivier gaat ervan uit dat er in de Franse artikelen 538-540 Cc een onderscheid beoogd is tussen de zaken die als domaine public aan de staat behoren en die zaken die als domaine privé behoren aan de staat. Weliswaar staat in de beide artikelen 538 en 539 Cc 'domaine public,' in artikel 539 had moeten staan: 'appartiennent à l'État,' om aldus tot uitdrukking te brengen het verschil tussen de zaken bestemd voor openbaare nut in artikel 538, en de zaken die dat openbare nut niet hebben, in artikel 539 Cc. Aldus argumenteren bijvoorbeeld ook de door De Bieberstein en door De Bosch Kemper aangehaalde Franse administratiefrechtelijk jurist La Ferrière, maar ook de civilist Marcadé³⁶⁵.

361. Veel ondersteuning putten de Nederlandse voorstanders van domaine public uit de Franse administratiefrechtelijke literatuur. Zoals La Ferrière, zoals Cormenin, die, zo blijkt uit citaten van Olivier, over publiek domein dezelfde mening hebben als Proudhon: 'De se qui sert à l'usage public et commun, et ne peut être dès lors, la propriété exclusive de personne, tels que les chemins, les fleuves etc. Dans ce sens, le domaine public est inaliénable; dans ce sens le domaine public est imprescriptible.' Zie Olivier, W.C.D., *Proeve over de beperkingen van den eigendom door het politieregt*, (1847) p. 210, noot 2.

362. Olivier, W.C.D., (1847), p. 15, 134, en 209.

363. Olivier, W.C.D., (1847), p. 67.

364. Olivier, W.C.D., (1847), p. 208-211.

365. Zie over dit onderscheid § 3.4.3.2.

De Bieberstein brengt publiek domein onder de vigueur van de artikelen die handelen over 'zaken buiten de handel.'³⁶⁶ Daarvoor gebruikt hij het volgende criterium:

'die goederen welke tot gebruik van het publiek, ofwel voor eene publieke dienst bestemd zijn; waarvan eenige voor altijd, andere daarentegen slechts zoolang het gebruik of de bestemming duurt, buiten den handel blijven. En waarin bestaat deze bestemming tot publiek gebruik? Wanneer die zaken bestaan voor het algemeene belang, nut of verdediging, of door de natuur zelve tot gebruik van iedereen daargesteld zijn. Deze goederen zijn buiten den handel, immers kunnen zij, zoolang zij deze bestemming hebben, geen voorwerp van eigendom zijn.'³⁶⁷

Aldus wordt op eenvoudige wijze gebruik gemaakt van bepalingen in het Burgerlijk Wetboek om het leerstuk van domaine public in het Burgerlijk Wetboek te verankeren. De Bieberstein:

'[g]heel kunnen wij ons vereenigen met Proudhon, *Traité du domaine public*. Le Domaine Public embrasse généralement tous les fonds, qui sans appartenir propriétairement à personne, ont été civilement consacrés au service de la société. Niemand kan daarvan eigenaar zijn, zoolang die goederen hunne bestemming behouden; immers eigendom brengt mede, (...), het denkbeeld van uitsluiting van het gebruik.'³⁶⁸

De mening zoals die door Olivier en De Bieberstein in navolging van Thorbecke en Proudhon wordt verwoord, treffen we tevens aan bij menig ander werk over het administratiefrecht³⁶⁹. Deze onderbouwing uit het Burgerlijk Wetboek met behulp van de artikelen 576-581 en het criterium om te bepalen wanneer zaken 'buiten de handel' zijn, kan echter nauwelijks door civilisten verwezenlijkt worden.

C. THORBECKE EN WETGEVING

Thorbecke heeft de van Proudhon overgenomen theorie in de Gemeentewet 1851 tot uitdrukking gebracht³⁷⁰. In twee artikelen is het onderscheid tussen openbare gemeente-

366. De Bieberstein, P.G.E.H., *Proeve over zaken buiten den handel* (1849), voorrede p. vii.

367. De Bieberstein, P.G.E.H., (1849), p. 9.

368. De Bieberstein, P.G.E.H., (1849), p. 19.

369. Van Hengst, C.J.W.N., *Eenige opmerkingen over het eigendomsregt der gemeenten* (1863), p. 34-35; Jordens, H.G., *Beschouwingen over zaken buiten den handel* (1869), p. 97; Pekelharing, G., *Opmerkingen over den onderhoudsplicht van bijzondere personen ten opzichte van wegen en andere ten openbaren dienste bestemde werken* (1880), p. 11; Boissevain, J.H.G., *De Gemeentewet, opgehelderd door eene aantekening, aangevuld met eene geschiedenis harer toepassing door G. Van Oosterwijk* (1864); De Bosch Kemper, J., *Handleiding tot de kennis van het Nederlandse staatsregt en staatsbestuur* (1865), p. 716; De La Bassecour Caan, J.J., *Handleiding tot de kennis van het administratieve regt in Nederland*, deel 1 (1865), p. 127; ook de redactie van *De Gemeentestem* was voorstander van een leerstuk van domaine public: Onderhoudsplicht, artt. 231 en 239 gem.wet, *De Gemeentestem* 1242 (1875). De redactie zal in de tachtiger jaren van de vorige eeuw haar standpunt wijzigen, en dit zal mede van belang blijken voor de omslag naar privaatrechtelijke eigendom die door Von Reeken in 1893 kon worden voorbereid. Zie daarover hoofdstuk 6 en Milo, J.M., (1995), p. 182.

370. Wet van 29 juli 1851, *Stb* 85.

zaken en andere gemeentezaken uitgedrukt. Deze wetgeving geeft de voorstanders van domaine public een argument meer om het onderscheid te kunnen maken. Hoe luiden deze artikelen?

Art. 229. De gemeentebesturen zorgen, dat een nauwkeurige staat opgemaakt en bijgehouden worde van hetgeen, naar het burgerlijk regt, eigendom der gemeente is. (...)

Art. 230. De aan de gemeente behorende wegen, straten, pleinen, grachten, vaarten, kanalen, bruggen, havens, kaden, wallen en openbare gebouwen mogen niet worden vervreemd, bezwaard of verpand, dan nadat zij door een besluit van den Raad verklaard zijn, ten openbare dienste niet meer bestemd te wezen.

Het onderscheid van Thorbecke komt hier fraai tot uitdrukking. Artikel 229 privaatrechtelijke eigendom, artikel 230 'domaine public' voor bepaalde zaken, bestemd voor openbare dienst.

D. PUBLIEK DOMEIN IN DE CIVIELRECHTELIJKE LITERATUUR

1. *Erkenning van domaine public*

Als 'de waarheid,' zo omschrijft Teixeira de heersende leer van het domaine public. Anderen zijn minder stellig. Zo maakt Asser een onderscheid tussen zaken die de staat (of de gemeente) 'als zoodanig' toebehoren, en die zaken, waarvan de staat privaatrechtelijk eigenaar is: 'zaken die in publico usu en die in pecunia populi zijn.'³⁷¹ Het Burgerlijk Wetboek is niet erg duidelijk in dit onderscheid maar het kan er wel in worden gelezen, en bovendien is het onderscheid in de Gemeentewet 1851 aanwezig. Tevens zijn zaken met een openbare bestemming 'buiten de handel.'³⁷² Ook Land erkent de aanwezigheid van 'domaine public': 'Van een geheel anderen aard is het recht van den staat op de goederen, die in art. 577 worden genoemd. De wegen en de straten en wat daar nog verder volgt, zijn voor de publieke dienst bestemd en in zoover aan het privaatrecht onttrokken.'³⁷³ Evenzeer vinden wij eenzelfde visie in Schüllers handboek, waarin wordt gesteld dat de staat 'een eigendomsregt iure publico [heeft] op die zaken welke voor de openbare dienst en voor het algemeen bestemd zijn, en welke zoolang zij die bestemming behouden, buiten den handel zijn, hetgeen medebrengt dat een dominium iure publico eigenaardige daaruit voortvloeiende verplichtingen oplegt, waartoe een eigenaar iure privato niet gehouden is.'³⁷⁴ In De Pinto heeft de theorie van het domaine public een voorspreker van formaat:

371. Asser, C., Van Heusde, P.W., *Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht* deel 2 (1890), p. 14-16.

372. Asser, C., deel 2 (1890), p. 16.

373. Land, N.K.F., *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek* deel 2 (1889), p. 43-44.

374. Schüller, C.L., (1867), p. 138.

'Zal men nu zeggen dat de woorden van art. 577 dat onderscheid niet uitdrukkelijk maken? Wij zijn geene voorstanders van de letterknechterij, die niets anders voor regt houdt, dan hetgeen zij meent in de woorden der wet, al leidt dat nog tot zoo grooten onzin, te lezen. De wet kan dan ook niet mogelijk maken, wat onmogelijk is; en onmogelijk is het, dat dat wat bestemd is en gebezigd wordt tot algemeen gebruik van allen, tegelijkertijd het eigendom kan zijn van hen, die daarover, met uitsluiting van alle anderen, op de volstrektste wijze kan beschikken (art. 625).'³⁷⁵

De voorstanders van *domaine public* ontleen ook aan de rechtspraak ondersteuning. De Hoge Raad heeft zich vaak onomwonden uitgelaten ten faveure van de Franse theorie. Zo bijvoorbeeld een uitspraak uit 1863:

'dat de regten van den Staat op zaken zijn tweeledig, die van den Staat als zoodanig, en die van den Staat als gelijkstaande met elk bijzonder persoon. Tot de eerste soort behooren de zoodanige, welke voor de openbare dienst en voor het algemeen bestemd zijn en, zoolange zij die bestemming behouden, zijn buiten den handel,...; dat deze onderscheiding reeds met juistheid is in acht genomen in het Romeinsche regt (...); dat eveneens het Fransche regt onderscheid de verschillende aan den Staat behorende zaken, die namelijk welke uitmaken het *domaine public* en het *domaine privé* van de Staat; dat eindelijk dezelfde onderscheiding, hoewel niet met name vermeldt in het Burgerlijk Wetboek (....), noodzakelijk volgt uit de artt. 577 tot 581 van dat wetboek (...).'³⁷⁶

Andere uitspraken hebben een stelligheid die met deze is te vergelijken³⁷⁷. Eveneens kunnen echter andersluidende uitspraken worden gevonden³⁷⁸, en wij moeten ons dan ook afvragen, hoe sterk de worteling van 'domaine public' is in het privaatrecht.

375. De Pinto, A., Art. 577 BW - Openbaar staats-domein, W. 3404 (1872).

376. Ook de AG Gregory neemt in deze zaak stelling voor dit onderscheid op basis van de wetsartikelen uit het Burgerlijk Wetboek. HR 22 mei en 26 juni 1863, W. 2499 (1863).

377. HR 29 juni 1871, W. 3399 (1871). HR 30 juni 1879, W. 4406 (1879). De conclusie van de AG Polis strekt eveneens tot aanname van een onderscheid tussen een publiek en een privaat domein. HR 17 december 1883, W. 5000 (1884). HR 6 oktober 1885, W. 5086 (1885).

378. Bijvoorbeeld HR 31 oktober 1895, W. 6732 (1895), waarin weliswaar een principieel onderscheid tussen openbare en niet-openbare zaken aangenomen wordt, doch tevens wordt gesteld dat de openbaarheid niet betekent dat de overheid geen privaatrechtelijke eigenaar kan zijn. Andere uitspraken, waarvan vele door Von Reeken als ondersteuning voor zijn standpunt aangehaald: HR 6 juni 1854, W. 1510; HR 1 februari 1867, *NR* deel 85; HR 26 juni 1867, W. 2929 (1867); HR 24 april 1868, W. 3004 (1868); Provinciaal gerechtshof Gelderland 23 december 1874, W. 3882 (1875); HR 30 mei 1881, *NR* deel 128, p. 163; Rb 's Gravenhage 21 november 1883, W. 5006 (1884); veel overeenstemming met de visie van Von Reeken vertoont de volgende uitspraak: 'O.(...) dat toch de onttrekking eener zaak aan het verkeer eeniglijk haren grond kan hebben in haren bestemming ten openbaren nutte en derhalve ook niet verder reikt dan zoodanige bestemming noodzakelijk maakt; dat daarom meer in het bijzonder een strook gronds, bezwaard met den last van openbaren weg, door zoodanigen last niet wordt eene zaak buiten den handel onvatbaar voor privaateigendom, bezit of andere zakelijke rechten van bijzondere personen of gemeenschappen, maar het zeer wel mogelijk is, dat daarop zoodanige rechten worden uitgeoefend, altijd behoudens en onverkort de openbare bestemming.' (HR 17 november 1892, W. 6271 (1892); HR 11 december 1899, W. 7374 (1900)).

2. Twijfel aan *domaine public*

Wanneer we wat meer nauwgezet naar de standpunten kijken die door de civilisten van destijds worden ingenomen dan volgt een genuanceerder beeld van de acceptatie van *domaine public* in civielrechtelijke kring. Met name Opzoomer en Diephuis hebben hun twijfels³⁷⁹. Zowel Opzoomer als Diephuis onderschrijven de gedachte dat er voor de zaken die bestemd zijn voor openbare dienst een ander rechtsregime zou moeten zijn dan de privaatrechtelijke eigendom, maar tegelijkertijd hebben zij (in tegenstelling tot de administratiefrechtelijke juristen) problemen met de onderbouwing aan de hand van het BW. Diephuis stelt dat de zaken in artikel 577 BW 'iets eigenaardigs' hebben. Opzoomer:

'Bij zaken, die tot algemeen gebruik dienen, wie er ook eigenaar van zij, ja zelfs is er uit haren aard in het geheel geen eigendom van mogelijk, blijft het recht van den staat, om ter regeling van het gebruik zijn publiek gezag te doen gelden, onbetwistbaar. Eigendomsrecht en publiek gezag (sovereiniteit, hoogheidsrecht) zijn hier scherp te onderscheiden. Zelfs waar de staat eigenaar is, regelt hij het gebruik niet uit kracht van zijn eigendomsrecht, maar alleen uit kracht van zijn publiek gezag, en dit blijft bij hem onverlet, al verloor hij den eigendom aan anderen, ja al kon die noch bij hem noch bij iemand anders bestaan.'³⁸⁰

Ten onrechte, aldus Opzoomer, wordt daarom in het Burgerlijk Wetboek geen verschil gemaakt tussen de zaken genoemd in de artikelen 576-579. Dit verschil had er wel *behoren* te zijn. In navolging van Goudsmit, haalt Opzoomer de Oostenrijkse wetgeving aan, waar een dergelijk onderscheid wel wordt uitgedrukt: 'Het verschil van zaken welke in *usu publico* en in *pecunia populi* zijn, wordt in het Oostenrijkse wetboek § 287 uitgedrukt door *öffentliche* of *allgemeine Güter* en *Staatsvermögen*.' Ook in het ontwerp 1820 komt, naar Opzoomers mening, het onderscheid nog naar voren³⁸¹.

Van een dergelijk verschil is echter volgens Opzoomer geen sprake in het Nederlandse Burgerlijk Wetboek van 1838. Een van de onderbouwingen van *domaine public* was gelegen in de rechtshistorische uitleg van de Nederlandse artikelen 576-579 BW met behulp van de Franse artikelen 538-540 Cc. In de betreffende Franse artikelen wordt gesproken over '*domaine public*'³⁸². In artikel 539 Cc, het equivalent van artikel 576 BW, had moeten staan '*appartiennent à l'État*.' Dit is voor Opzoomer onvoldoende om aan te nemen dat er ook een dergelijk onderscheid in de Franse artikelen 538-540 Cc is uitgedrukt. Het onderscheid kan alleen aanwezig zijn als er ook daadwerkelijk zou

379. In zijn dissertatie uit 1869 had Cort van der Linden reeds een lans gebroken voor een uniform privaatrechtelijke benadering. Zijn argumenten ontleende hij aan de wettekst: 'Inderdaad het is bijna onbegrijpelijk hoe men zulk een groot en diep ingrijpend beginsel heeft durven invoeren, heeft kunnen lezen in een wet, waarin geen woord er van geschreven staat.' Cort van der Linden, P.W.A., *Beschouwingen over het strand* (1869), p. 35-50.

380. Opzoomer, C.W., deel 3 (2e druk 1876), p. 18.

381. Daarover hoofdstuk 3 § 4.C.2.

382. Zie hoofdstuk 3 § 4.C.2.

staan 'à l'état' in plaats van 'au domaine public'³⁸³. Het staat er niet, en dus kan het onderscheid niet in de Franse wetgeving worden gelezen. Wel wordt dit onderscheid in de Franse rechtswetenschap gemaakt, en daaruit citeert hij Cormenin, *Droit Administratif*: 'Il faut distinguer le domaine public du domaine de l'état. Le domaine public est celui qui (...) n'est pas susceptible d'une propriété privée.' Verder haalt hij Aubry en Rau, en Marcadé aan. Genoemde Franse schrijvers baseren hun onderscheid in de verschillende zaken die aan de staat behoren tevens op een in de Code civil gemaakt onderscheid. Marcadé spreekt er zijn verwondering over uit dat de Code niet in woord een onderscheid maakt tussen de zaken, genoemd in art. 538, en die, genoemd in 539:

'On voit, du reste, que le Code emploie les expressions l'Etat ou le domaine public, comme synonymes; il eût été plus logique de leur attribuer à chacune un sens propre.'

Niettemin maakt Marcadé zelf het onderscheid tussen publiek en privaat domein wel degelijk, want de zaken, genoemd in artikel 539

'(...) entrent dans le domaine privé de l'Etat (...). Ils sont dans le commerce et susceptibles de prescription et d'aliénation.'³⁸⁴

Een dergelijke uitleg wijst Opzoomer van de hand. Elke uitleg moet immers te herleiden zijn tot de woorden van de wet en de woorden van de Franse wet nemen geen onderscheid aan. Een rechtshistorische interpretatie van de Nederlandse bepalingen met behulp van de overeenkomende Franse bepalingen wijst volgens Opzoomer niet in de richting van een onderscheid tussen publiek en privaat domein in het Burgerlijk Wetboek. Omdat het geldende Franse recht een onderscheid aanneemt, dat *niet* door de woorden der wet wordt omvat kan aan het Franse recht geen betekenis toekomen voor de uitleg van de Nederlandse bepalingen. Hier is de grens bereikt van Opzoomers interpretatievrijheid³⁸⁵.

In Opzoomers uitleg is daarmee de kous nog niet af. Want Opzoomer kent wel betekenis toe aan de bepalingen met betrekking tot zaken buiten de handel: '[W]at men door zaken, die niet in den handel zijn, te verstaan heeft, vernemen wij niet. Men zal er wel niets anders toe mogen brengen dan hetgeen tot algemeen nut of gebruik bestemd is.'³⁸⁶ Bovendien: 'Men heeft alleen te denken aan hetgeen, ofschoon het een voorwerp van eigendom wel degelijk kan zijn en zelfs is, aan den eigendom van privaatspersonen en het handelsverkeer is onttrokken.'³⁸⁷ Anders dan Diephuis, die geen criterium heeft voor de nadere bepaling van zaken buiten de handel, heeft Opzoomer

383. Opzoomer, C.W., deel 3 (1876), p. 17, noot 1.

384. Marcadé, V., deel 2 (1852), nr. 396, p. 382.

385. Zie § 1.C.2 en § 1.C.3.

386. Opzoomer, C.W., deel 3 (1876), p. 118-119, en in de voetmoot.

387. Opzoomer, C.W., deel 3 (1876), p. 119.

dat wel: 'algemeen nut of gebruik.' Opzoomer verwijst instemmend naar Goudsmits uiteenzetting³⁸⁸. Goudsmit neemt met een uitvoerig betoog en onder vele verwijzingen naar de Duitse en Oostenrijkse rechtswetenschap, naar Kierulff, Puchta, Windscheid, Wächter en Unger, een onderscheid aan tussen zaken in, en zaken buiten de handel³⁸⁹. Deze verwijzingen vinden we niet terug bij Opzoomer, wel is hij sterk door Goudsmits onderbouwing beïnvloed. Het onderscheid tussen zaken in, en zaken buiten de handel kan Opzoomer nog net maken voor het *ius constitutum*, het onderscheid tussen publiek en privaat domein kan hij *niet* maken, maar het zou er behoren te zijn. In dat verband hebben andere stelsels betekenis voor Opzoomers 'ontwikkeling' van het Nederlandse recht. We kunnen hier een parallel trekken tussen Thorbecke en Goudsmit: beiden stonden met hun standpunt bepaald niet midden in de civielrechtelijke discussie, maar die standpunten werken daarin wel door. Dat van Thorbecke op duidelijke wijze, dat van Goudsmit bescheiden, via Opzoomers 'rechtsontwikkeling.' Bij Opzoomers acceptatie van het criterium 'algemeen nut of gebruik' hebben de via Goudsmit genoemde andere stelsels zelfs betekenis voor het geldende recht.

Diephuis' bezwaar tegen 'domaine public' is fundamentele. Eerst gaat Diephuis uit van een tweedeling in de zaken die de overheid kunnen toebehoren³⁹⁰. Zaken die vanwege de openbare bestemming aan de overheid behoren hebben 'iets eigenaardigs.' Weliswaar, aldus Diephuis, zijn zij een voorwerp van eigendom, zijn de in artikel 577 BW genoemde zaken eigendom van de staat, 'doordien alle zoodanige zaken, volgens de wet, aan den staat moeten toebehooren,'³⁹¹ tevens zijn zij door hun aard, hun openbare bestemming, buiten de handel. Ook hier was Diephuis niet expliciet voor de leer van het domaine public. Maar wel was hij nog in staat om de zaken die werden genoemd in artikel 577 BW te onderwerpen aan het regime van de bepalingen met betrekking tot zaken buiten de handel. Dat verandert in zijn latere werk. Want daarin stelt Diephuis dat zaken buiten de handel, of de zaken genoemd in artikel 577 BW een voorwerp van privaatrechtelijke eigendom zijn:

'De in artikel 577 en 579 aangeduide zaken worden verklaard aan den staat te behooren, onverminderd de door titel of bezit verkregen regten van bijzondere personen of gemeenschappen.(....) De zaken die aldus aan den staat behooren, worden als zijn publiek eigendom voorgesteld, in tegenstelling van hetgeen hij anders heeft en als privaat of particulier eigendom bezit.'³⁹²

En: 'De wet zegt dan ook in art. 577-581 van de stranden der zee, de bevaarbare en vlotbare stroomen en rivieren met hunne oevers, 's lands vestingwerken enz., dat ze aan

388. Opzoomer, C.W., deel 3 (1876), p. 179-180.

389. Goudsmit, J.E., *Pandecten-Systeem* (1866), p. 98 ev.

390. Zie hoofdstuk 4 § 4.B.

391. Hoofdstuk 4 § 4.B.

392. Diephuis, G., deel 1 (1869), p. 494-495.

den staat behoren.' ³⁹³ Aldus maakt Diephuis duidelijk dat de in artikel 577 en volgende genoemde zaken eigendom zijn van de staat. Hij verwijst naar Olivier, De Bieberstein, Opzoomer en de Duitse jurist Wappäus. Het is voor Diephuis onmogelijk geworden om te bepalen welke zaken nu 'buiten de handel' zijn. In de wet kan hij daarvoor geen criterium vinden. In het criterium 'openbare bestemming' is 'geen grond gelegen om ze als zaken buiten de handel te beschouwen.' Waarom niet? Het is niet in de wet genoemd, en bovendien spreekt de wet over 'behoren' aan de staat. Diephuis kon dit criterium niet langer gebruiken. Wel wordt het genoemd bij de totstandkoming van het Burgerlijk Wetboek, het is een Romeinsrechtelijk criterium, een rechtsstelsel dat reeds drie maal bij wet was afgeschaft, en dat om die reden geen betekenis toekomt bij de uitleg van de Nederlandse bepalingen ³⁹⁴. Diephuis neemt dan ook afstand van zijn eerdere werk en verwerpt de standpunten van Opzoomer, Toullier en Aubry en Rau, die allen dit criterium wel aannemen ³⁹⁵. Diephuis' benadering heeft iets ambivalents over zich gekregen: enerzijds is er iets bijzonders aan de hand met de zaken uit artikel 577, zij hebben een openbare bestemming, maar niets slaat thans voor Diephuis nog de brug naar de bepalingen over zaken buiten de handel. In de Gemeentewet is door Thorbecke wel een duidelijk onderscheid gemaakt tussen privaat- en publiek domein. Diephuis kan daaraan geen argument ontleen: de bepaling in de Gemeentewet is immers alleen bedoeld voor zaken die aan de gemeente behoren; voor de zaken die aan de *staat* behoren, ontbreekt in de wetgeving een dergelijke bepaling. Diephuis:

'Heeft onze wetgever zoodanige uitzondering niet gemaakt voor zaken, waarvoor men haar wenschelijk zou achten en hij zelf haar misschien bedoeld en verondersteld heeft, en zal daardoor onder den regel vallen wat wel in de uitzondering had mogen begrepen zijn, men kan dit den wetgever wijten, maar mag op grond daarvan geene uitzondering erkennen, die geen grond vindt in de wet.' ³⁹⁶

E. CONCLUSIES PUBLIEK DOMEIN

De heersende leer is die van de publiekrechtelijke eigendom. De argumentatie is in het administratiefrecht makkelijker dan in het burgerlijk recht. Juist in het burgerlijk recht is sprake van lastige dogmatische problemen. Door Thorbecke wordt de Franse theorie van het 'domaine public' in de Nederlandse rechtswetenschap geïntroduceerd. Het wordt op eenvoudige wijze, door de invloed van Thorbecke zo lijkt mij, de heersende leer. Grammaticale, systematische en historische argumenten, met enige vrijheid gewaar-

393. Diephuis, G., deel 1 (1869), p. 499.

394. Zie voor deze verwerping van het Romeinse recht door Diephuis: Lokin, J.H.A., (1992), p. 29. Zeer duidelijk is dezelfde argumentatie gepresenteerd in het *Tijdschrift voor het Nederlandsche regt*, Nog iets over zaken buiten den handel, p. 305-316, in 1876, in een artikel van een niet met name genoemde auteur. Op grond van de gebruikte argumentatie, en het gegeven dat Diephuis de redactie voerde, zal Diephuis zelf hoogstwaarschijnlijk de auteur geweest zijn.

395. Diephuis, G., deel 1 (1869), p. 499.

396. Diephuis, G., deel 1 (1869), p. 501.

deerd, waren voor die acceptatie voldoende. Uit het Franse recht worden historische argumenten geleverd; daarnaast worden uit het Franse administratiefrecht ook rechtsvergelijkende argumenten gebruikt. De Pinto (1872) verklaart dat het onderscheid tussen privaat en publiek domein niet eens uitdrukkelijk hoeft te worden gemaakt om toch te worden aangenomen, en zo ook de Hoge Raad (1863). De tekst van de wet vermeldt het niet, toch volgt het noodzakelijk uit de artikelen. Maar Diephuis en Opzoomer wegen de argumenten wat meer met behulp van tekst en systeem van het Burgerlijk Wetboek. Dan blijken ze niet meer voldoende te zijn om het onderscheid aan te nemen. Het Burgerlijk Wetboek kent het onderscheid niet. Diephuis verwerpt de leer van Thorbecke met de meeste kracht. Daarvoor heeft hij genoeg aan tekst en systeem van het Burgerlijk Wetboek, maar juist omdat zoveel argumenten voor *domaine public* zijn ontleend aan het Franse recht, besteedt hij ook daaraan aandacht. Ook Opzoomer ont-kent het onderscheid in het BW, maar stelt onder inbreng van andere rechtsstelsels, dat het er wel zou behoren te zijn: een onderscheid zoals in de Oostenrijkse wetgeving, en door Duitse schrijvers wordt gemaakt. Anders dan Diephuis aanneemt, kent Opzoomer wel betekenis toe aan de bepalingen over 'zaken buiten de handel.' De rechtshistorie of het Romeinse recht kon hem dat criterium bieden; beide waren voor Diephuis minder bereikbaar.

§ 5. Conclusies over de periode van het legisme (1850-1880)

A. DE HEERSENDE MENINGEN

Aan artikel 1403 lid 1 wordt in de jurisprudentie voor het eerst een zelfstandige betekenis toegekend: een ruime opvatting, aansprakelijkheid buiten schuld, en toepasselijkheid op alle zaken. In de literatuur echter is deze uitleg omstreden, en daar krijgt de enge opvatting, de opvatting van Diephuis, de overhand. Artikel 2014 wordt hoe langer hoe stelliger uitgelegd als een Germaansrechtelijk beginsel: bezit van een roerende zaak moet worden gelijkgesteld aan de eigendom. Publiek domein krijgt eerst een bijzondere juridische status door Thorbecke. Zaken van de overheid dienen niet onderworpen te zijn aan het eigendomsrecht, maar aan een geheel voor die zaken zelf bedoeld rechtsregime. Het is een status die uit het privaatrecht niet zonder meer is af te leiden. Sommige handboeken zijn wel stellig in de acceptatie maar Opzoomer en Diephuis leggen de problemen bloot bij de civielrechtelijke onderbouwing.

B. KWANTITATIEVE ANALYSE

Diephuis verwijst nog steeds veel naar het Franse recht (50%). In *Themis* is 20% van de verwijzingen naar Frans recht. De toename in verwijzingen naar het Belgische recht (Laurent) is opmerkelijk. Verwijzingen naar het Duitse recht zijn in aantal afgenomen. De verwijzingen in *Themis* geven een ander beeld: daar wordt slechts een enkele maal verwezen naar Belgisch recht. Het percentage verwijzingen in *Themis* naar Duitse bronnen is toegenomen ten opzichte van de vorige periode. In *Themis* zijn de artikelen

vrijwel volledig op het Nederlandse recht georiënteerd. In het *Rechtsgeleerd Magazijn* is bijna de helft van de artikelen gericht op een ander rechtstelsel. Datzelfde beeld komt uit de boekbesprekingen en aankondigingen naar voren. Met name de belangstelling voor het Duitse recht valt op.

C. ONTLEENDE ASPECTEN

De heersende, enge uitleg van artikel 1403 met het verbod van een analoge toepassing wordt ook door Franse schrijvers, door Toullier en Marcadé (art. 1384 Cc), voorgestaan. Waar het Franse recht soms een analoge interpretatie toestaat, is Diephuis resoluut. Van analogie mag bij de uitleg van artikel 1403 geen gebruik worden gemaakt. De Germaansrechtelijke uitleg van artikel 2014, met name zoals die door Diephuis werd verdedigd, lijkt sterk op de uitleg van Laurent: revindicatie door de oorspronkelijke eigenaar is als uitzondering toegestaan in artikel 2014 lid 2, en daarom moet lid 1 een *algemene* regel geven die revindicatie uitsluit. Wat betekent dan deze onmogelijkheid van revindicatie anders dan de *eigendom* voor de bezitter? Het wetsontwerp voor het BGB wijst op een andere uitleg dan de germaansrechtelijke: de *overdracht* van eigendom door een *beschikkingsonbevoegde*. Tussen bezit en eigendom bestaat verschil. Soms kan een beschikkingsonbevoegde bezitter toch de eigendom overdragen. In de NJV wordt deze uitleg als wenselijk recht geaccepteerd. Publiek domein wordt begrepen als de Franse theorie van *domaine public*, met dezelfde argumentatie als in Frankrijk werd gebruikt. Het criterium 'algemeen nut' werd aan het romeinse recht ontleend.

D. RECHTSVINDING

In de eerste plaats dienen andere rechtstelsels als historische interpretatie. In alle leerstukken is daarvan sprake, en met name het Franse recht wordt daarvoor gebruikt. Bij de aansprakelijkheid voor zaken wordt de verhouding tussen de artikelen 1382 - 1386 Cc gebruikt. Bij de uitleg van 2014 is de gehele Franse geschiedenis van het adagium 'possession vaut titre' vanaf Bourjon van belang. Voorts wordt het Romeinse recht en wat later het Germaanse recht beschouwd. Bij publiek domein wordt gebruik gemaakt van Frans en Romeins recht als historische onderbouwing.

In de tweede plaats is sprake van een vergelijkende weergave van een ander rechtstelsel. Ook deze interpretatie wordt bij elk onderwerp aangetroffen, en dat meer naarmate 1838 verder in het verleden ligt. Bij de aansprakelijkheid voor zaken wordt op eenzelfde interpretatie in het Franse recht gewezen (De Pinto, 1860); bij artikel 2014 wordt op verschillende interpretaties in het Franse, en Belgische recht gewezen: Aubry en Rau, Laurent, Marcadé worden aangehaald. Diephuis' uitleg vertoont grote overeenkomst met die van Laurent. Bij publiek domein worden Franse administratiefrechtelijke en civielrechtelijke commentaren gebruikt ter onderbouwing van de publiekrechtelijke eigendom. Opzoomer verwerpt de interpretatie van Franse civielrechtelijke commentaren.

In de derde plaats is er sprake van andere rechtsstelsels in de argumentatie voor het wenselijke recht. Dat komt voor de aansprakelijkheid voor zaken aan de orde in de NJV, waar van Duitse wetgeving gebruik wordt gemaakt. Enkelens staan een met Duitse regelingen vergelijkbare regeling voor in het Nederlandse recht, maar de meerderheid verworpt die mogelijkheid. In de discussie over 2014 wordt (in de NJV) met grote instemming een artikel uit het Duitse ontwerp BGB als uitleg van 2014 gezien. Een opvallend verschil met de NJV discussie in 1874 valt op: het wenselijke recht wordt in die eerdere vergadering vormgegeven in hoofdzaak met het systeem, de eenheid van de wetgeving, in de vergadering van 1890 is vooral het maatschappelijk belang richtsnoer. Bij publiek domein komt het wenselijke recht bij Opzoomer aan de orde. In dat verband verwijst hij naar Oostenrijkse wetgeving, en betreft via Goudsmit ook het Duitse, Oostenrijkse en Romeinse recht bij zijn interpretatie.

In de vierde plaats is sprake van een invloed van *andere Nederlandse rechtsgebieden* op het Nederlandse privaatrecht. Drie maal zijn andere rechtsstelsels doorgedrongen in het Nederlandse privaatrecht doordat andere Nederlandse rechtsgebieden of schrijvers een zekere invloed hadden: Thorbecke en zijn navolgers introduceren en onderbouwen ‘*domaine public*’ uit Frankrijk; Goudsmit maakt gebruik van de Duitse rechtswetenschap voor ‘*domaine public*’ en heeft via verwijzingen van Opzoomer invloed; Molengraaff pleit vanuit het handelsrecht voor een door het Duitse recht geïnspireerde uitleg van 2014.

E. RECHTSVERGELIJKING

Summierlijk laten schrijvers zich uit over rechtsvergelijking. Enkele opmerkingen geven aan dat ze het Franse recht eigenlijk als onderdeel van de interpretatie zien als rechtshistorische interpretatie. Diephuis ziet het Franse recht als aanleiding voor de behandeling van rechtsvragen. Van die eigentijdse Franse bronnen maakt Diephuis gebruik, maar het blijkt meer in te houden dan een aanleiding voor rechtsvragen. Vaak betreft het een rechtsvergelijkende weergave van een ander rechtsstelsel. In de behandeling van de onderwerpen blijkt een enkele keer van expliciete aandacht voor de positie van het buitenlandse rechtsstelsel in het Nederlandse recht. Zo wordt gewezen op de noodzaak van een internationale regeling voor spoorwegvervoer (NJV 1874). Zo wordt gesteld dat bij de uitleg van artikel 2014 rekening gehouden moet worden met andere rechtsstelsels met het oog op het handelsverkeer (NJV 1890).

Vrije rechtsvinding en rechtsvergelijking (1880-1910)

§ 1. Inleiding: 'der menschen handel en wandel'

De periode van de 'vrije rechtsvinding' verschilt in methoden van rechtsvinding sterk met de periode van het legisme³⁹⁷. In de inleidende paragrafen komen achtereenvolgens aan de orde: in de eerste plaats het ius constituendum uit het legisme, waarin de overgang naar de vrije rechtsvinding is te herkennen (§ 1.A); in de tweede plaats de vrije rechtsvinding in samenhang met de voorgaande legistische rechtsvinding en enkele maatschappelijke ontwikkelingen (§ 1.C); in de derde plaats de rechtsstelsels van Frankrijk en Duitsland rond de eeuwwisseling (§ 1.D); in de vierde plaats de kennisname van de andere rechtsstelsels in de Nederlandse privaatrechtswetenschap en de opkomst van de rechtsvergelijking (§ 1.E).

A. HET IUS CONSTITUENDUM EN DE VRIJE RECHTSVINDING

In de privaatrechtswetenschap tijdens het legisme wordt voor het ius constituendum uitdrukkelijk plaats ingeruimd. In de argumentatie naar het wenselijke recht is plaats voor gebruik van andere rechtsstelsels. Zo bijvoorbeeld door de Nederlandse Juristen-Vereniging. Van Bemmelen verwoordt in 1890 de doelstelling van de vereniging als volgt:

'De J.-V. houdt zich bezig, noch met wetsinterpretatie, noch met rechtsgeschiedenis, maar met het jus constituendum. Zij vraagt niet wat recht is of geweest is, maar alleen wat recht behoort

397. Scholten, P., (1934), p. 245 ev.; Jaspers, T., (1980), passim; Kop, P.C., (1992), p. 45; Van den Bergh, G.C.J.J., (1994), p. 140; De Beneditti, N., Proeve tot verzoening van de dogmatische en sociologische richtingen in de rechtswetenschap, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 1939, p. 139; Bouckaert, B., (1982), p. 49.

te zijn.(...) Zij vraagt slechts: wat is nuttig, heilzaam, goed, en zulks niet in abstracto, maar bij ons te lande en heden ten dage.' ³⁹⁸

De grens tussen *ius constituendum* en *ius constitutum* vervaagt. Tijdens het legisme ligt het laatste woord over het *ius constitutum* bij de wetgever. Die is gelegitimeerd om in wetgeving het wenselijke recht weer te geven, en het aldus tot geldend recht te maken. De rechtswetenschap kon slechts dit wenselijke recht *aanbevelen*. Dit blijkt ook uit de doelstelling van de NJV:

'De Nederlandsche Juristen-Vereeniging stelt zich ten doel aan de Nederlandsche rechtsgeleerden de gelegenheid te geven onderling te beraadslagen over onderwerpen van wetgeving betreffende het burgerlijk-, handels-, straf- en procesrecht en daarmede samenhangende onderwerpen, daardoor onder hen over die onderwerpen eene gemeenschappelijke overtuiging te doen ontstaan, door den zedelijken invloed dier overtuiging mede te werken tot de hervorming van het Nederlandsch rechtswezen.'

Dat een verandering van het recht slechts door een verandering van wetgeving (door de wetgever) mogelijk wordt geacht, kan volgen uit het eerste aan de vergadering voorgelegde preadvies over een onderwerp dat 'zoo zeer alles beheerscht en beheerschen moet', herziening van de wetgeving:

'Welke hoofdbezwaren staan aan de herziening onzer wetboeken in den weg, en hoe die op te lossen, ten einde te bevorderen, dat die wetboeken steeds beantwoorden aan de veranderende eischen der samenleving en ten allen tijde de juiste uitdrukking zijn der meest algemeene opvatting van het recht door de bevoegde beoordelaars in ons vaderland?' ³⁹⁹

Zou een vrije *rechtspraak* door een vrije interpretatie mogelijk zijn? De vereniging kiest voor een voortdurende aanpassing van de wetgeving, aldus Jansen en Lokin, en met geen woord wordt gerept over de mogelijkheid van een vrije interpretatie van de wettekst. Rond de eeuwwisseling wordt een vrije rechtspraak, door middel van een vrije rechtsvinding bepleit. Het wenselijke recht gaat een rol spelen bij de interpretatie. Zo zien we dat bijvoorbeeld bij de Amsterdamse hoogleraar Hamaker. De grens tussen het '*ius constitutum*' en het '*ius constituendum*' 'werd wel eens vaag', zo schetst Van Oven de door hem bij de Amsterdamse hoogleraar Houwing gevolgde colleges ⁴⁰⁰. Een nieuwe stroming verschijnt: de vrije rechtsvinding. De interpretatie van het Nederlandse recht kan met grotere vrijheid geschieden.

398. Van Bemmelen, P., in: *Handelingen I* (1890), p. 2; zie ook hoofdstuk 5 § 3. Zie over dit kenmerkende aspect voor de legistische rechtswetenschap Kop. P.C., (1992), p. 42.

399. Als aangehaald door Lokin, J.H.A., en C.J.H. Jansen, (1995), p. 3 en p. 31.

400. Van Oven, als geciteerd in *Zestig juristen* (1987), p. 58.

B. 'WAT IS 'T VOORWERP DER RECHTSWETENSCHAP EN WAT IS HAAR METHODE?'

'Wat is 't voorwerp der rechtswetenschap en wat is haar methode?' Hamaker stelt zich deze vraag als aanvang van zijn colleges burgerlijk recht in het studiejaar 1888-1889. De student Vlamingh Kiebert noteert het college vlijtig en verschaft ons Hamakers antwoorden. Het contrast met de methoden van de periode van het legisme kan niet groter zijn:

'Het object voor ons moet de maatschappij zijn. Wij moeten deze en hare inrichting bestudeeren. Wij zullen ons moeten (bezighouden en) tevredenstellen met kennis uit de 2e hand. Met beschrijving van het maatschappelijk leven moeten wij ons behelpen. Wij vinden deze in onze wetboeken, zeer betrouwbare beschrijving, daar zij producten van de arbeid van talrijke geslachten zijn. (...) Interpretatie is onze taak, maar die is vrij, daar de wet niet ons doel is, maar een middel om tot het doel te geraken. De rechtsliteratuur en de jurisprudentie moeten wij als twee hulpmiddelen gebruiken bij wetgebruik.'⁴⁰¹

De interpretatie is vrij. Met de in het vorige hoofdstuk beschreven rechtsvindingsmethoden van Opzoomer en Diephuis staan zij in schril contrast. Binnen de methoden van interpretatie die hen ten dienste staan, kunnen ook zij (en vooral Opzoomer) soms tot ruime en maatschappelijk zeer aanvaardbare interpretaties komen. Maar nooit is de 'afleiding uit' (Diephuis), de maatschappelijk 'noodzakelijke' uitleg (Opzoomer), de laatste toets: die blijft voorbehouden aan de woorden der wet en de artikelen in onderlinge samenhang. Een grotere vrijheid kan de legistische jurist zich permitteren door te argumenteren hoe het recht zou behoren te luiden. Nu dan is er onder meer bij Hamaker een geheel ander geluid. Het wenselijke recht is meer geworden dan een aanbeveling aan de wetgever. Het is een methode van uitleg geworden. In de door Hamaker voorgestane methode is de vrijheid niet totaal: de wet is immers een zeer betrouwbare beschrijving van het maatschappelijke leven, en bij de uitleg dient de wet dan ook betrokken te worden. Hamaker plaatst zijn interpretatie tegen de methoden van het legisme. Het legisme vat hij samen onder de opvatting die *recht* aan *wet* gelijkstelt: 'Lang heeft dit denkbeeld geheerscht. Telkens vindt men het nog uitgesproken.'⁴⁰²

C. VRIJE RECHTSVINDING, LEGISME EN MAATSCHAPPELIJKE ONTWIKKELINGEN

Wij bekijken nader welke methoden van rechtsvinding in de periode van vrije rechtsvinding worden gebruikt. Daarvoor is het noodzakelijk twee kwesties te belichten waarmee de vrije rechtsvinding verband houdt. In de eerste plaats is sprake van maatschappelijke

401. Hamaker, H.J., *Burgerlijk Recht*, (1888-1889), p. 1-5. Collegedictaat van F.J. Vlamingh Kiebert. Bibliotheek FdR, UU, B 1 d-1.

402. Andere gangbare opvattingen over de privaatrechtelijke rechtsvinding zijn er volgens Hamaker eveneens. Zo plaatst hij zijn eigen methoden in een verzameling van drie theorieën die alle uitgaan van een verschil tussen recht en wet ('dualisme'): daarnaast noemt Hamaker als prominente, doch achterhaalde ('Wat is echter die volksgeest? Men heeft gevaar van willekeur') theorie die van de Historische School van Savigny.

ontwikkelingen in het laatst van de negentiende eeuw die op de rechtswetenschap een sterke invloed hebben. Aan de maatschappij ontleende argumenten zijn vaak richtinggevend voor de uitleg. In de tweede plaats is de vrije rechtsvinding ontstaan als reactie tegen het legisme.

1. Maatschappelijke ontwikkelingen en een falende wetgever

Enkele maatschappelijke ontwikkelingen hebben een sterke invloed uitgeoefend op het privaatrecht. Valkhoff schetst er vier: bevolkingsaanwas, de urbanisatie, het verkeer en de industrialisatie⁴⁰³. Veranderingen vinden plaats in de wetgeving. Maar ook de rechter heeft een grotere vrijheid genomen bij de uitleg van wetsbepalingen⁴⁰⁴. Voornamelijk de industrialisatie en de toename in het (handels)verkeer zijn in de rechtswetenschappelijke discussie te herkennen. De toename van de industrialisatie maakte een andere mening over aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad mogelijk. Het handelsverkeer speelt een rol in de discussie over artikel 2014 BW. Ook Molengraaff kent deze maatschappelijke omstandigheden een belangrijke rol toe:

'(...) de sociale quaestie [is] ook wel degelijk eene rechtsquaestie. (...) Voor iederen jurist, en voor den civilist, den beoefenaar van het verkeersrecht, even goed als voor den beoefenaar van het staatsrecht, moet dus de sociale quaestie een voorwerp van studie en onderzoek uitmaken. (...)

De rechtswetenschap, het behoeft wel geen nader betoog, is een deel van de wetenschap der samenleving. Vandaar ook het innig verband, waarin zij staat tot de economie en de sociologie. Vandaar dat het werkelijk leven, der mensen handel en wandel, de basis moet zijn, waarop de jurist zijne wetenschappelijke stelsels doet rusten. Missen zij die basis, dan kunnen de kunstigste "aprioristische denkoperaties" niet voorkomen, dat zij in de lucht blijven hangen.'⁴⁰⁵

Vaak wordt 'der mensen handel en wandel' vermeld⁴⁰⁶, ook in de onderzochte onderwerpen. Zo veroorzaken de ontwikkelingen in het (handels)verkeer en de industrialisatie een bijzondere belangstelling van de rechtsgeleerde wereld voor maatschappelijke kwesties. Het geldende recht kan worden beredeneerd door te wijzen op de maatschappelijk noodzakelijke uitleg. Belangstelling voor die maatschappelijke onderwerpen is er al in de periode van het legisme. Opzoomer gebruikte het bijvoorbeeld voor een redelijke uitleg. In ieder geval kan een wenselijke uitleg dienen als aanbeveling voor de

403. Valkhoff, J., *Een eeuw rechtsontwikkeling. De vermaatschappelijking van het Nederlandse privaatrecht sinds de codificatie (1838)*, (2e druk, 1949), p. 185.

404. Zo bijvoorbeeld Valkhoff, J., (1938); Schwitters, R., *De risico's van de arbeid. Het ontstaan van de ongevallenwet in sociologisch perspectief* (1991); Zie ook Van den Bergh, G.C.J.J., (1994), p. 94; Kop, P.C., (1992), p. 46.

405. Molengraaff, W.L.P.A., *Het verkeersrecht in wetgeving en wetenschap* (1885), p. 24-27; opgenomen in: *Molengraaffbundel. Keuze uit de geschriften van Mr. W.L.P.A. Molengraaff met levensbeschrijving en biografie* (1978), p. 48-51.

406. Zo bijvoorbeeld wordt in 1886 in *Themis* melding gemaakt van economische recessies in de zeventiger en tachtiger jaren. Zie *Themis* 1886, p. 74.

herziening van de wetgeving. Van herziening komt het echter niet vaak genoeg. Minister van Justitie Modderman somt in 1880 een aantal onderwerpen waarvan de wettelijke regeling niet meer voldoet: onder (veel) meer onderwerpen treffen we aan 'eigendommen van den Staat' (publiek domein) en artikel 2014 lid 1⁴⁰⁷. Eerst in 1899 is een deel van het ontwerp (de boeken 1 en 2) gereed, maar van invoering komt het niet. De wetgever was te traag? Aan enkele reacties af te lezen werd daar wel zo over gedacht: 'geheel en al onvoldoende' spreekt Bruins over de bepalingen inzake de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, en, wat later over dezelfde kwestie, Star Busman: 'wie zich op de wetgever verlaat, bouwt op zandgrond.'⁴⁰⁸ Molengraaff en Drucker: 'Het is een bedenkelijk, maar tevens onloochenbaar verschijnsel, dat de staatkundige toestand, de zoogenaamde hoge politiek, meer en meer als een hinderpaal in den weg staat aan de bevrediging van zoovele nooden en behoeften der maatschappij.'⁴⁰⁹ Fockema Andreae spreekt over 'eene zeer langzaam, omslachtig en onvoldoende functioneerende wetgevende machine.'⁴¹⁰ Met deze laatste bezwaren wordt een van de hoekstenen van de legistische interpretatie geraakt: altijd was immers de wetgever de aangewezen om het recht vast te stellen. Maatschappelijke ontwikkelingen als toename van het verkeer, industrialisatie, economische recessie, en een falende wetgever; het ontstaan van de vrije rechtsvinding is door deze combinatie van factoren bespoedigd.

2. Vrije rechtsvinding nader geduid als reactie op het legisme

a. Verzachting van het legisme enerzijds...

Uit Hamakers beschrijving wordt duidelijk dat geen sprake is van een scherpe scheiding tussen de periode van het legisme en de vrije rechtsvinding, maar meer van een vloeiende overgang. Beide methoden doen zich naast elkaar voor. Hamaker vindt de gelijkstelling van recht aan wet nog telkens uitgesproken. De vrije rechtsvinding ontstaat niet plotseling; de kiem van een meer los van de wet staande uitlegmethode was reeds aanwezig in het legisme. De rechtswetenschap moest immers onjuistheden of onwenselijkheden in tekst en systeem van de wetgeving signaleren en verbetering suggereren aan de wetgever. Bij latere representanten van het legisme neemt de nadruk op dit *ius constituendum* toe. Zo geschiedt bijvoorbeeld in de methoden van Land, in zijn *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek*⁴¹¹. Hoewel Land door Kop wordt beschreven als de auteur die zich in zijn methoden van rechtsvinding het meest legistisch opstelt⁴¹²,

407. Bij de instelling van een staatscommissie voor herziening van het burgerlijk recht. Zie ook Kop, P.C., (1992), p. 48.

408. Zie hoofdstuk 6 de §§ 2.C.2 en 2.C.3.

409. Rechtsgeleerd Magazijn 1885, p. 369. Zie over de Commissie Meerbeke eveneens: E.O.H.P. Florijn, (1994), p. 56.

410. Fockema Andreae, J.P., *Moderne Praetuur? Beschouwingen over het jongste verleden en de naaste toekomst van wetstoepassing en rechtshervorming* (1907), p. 138.

411. Zie over Land en zijn methode: Kop, P.C., (1992), p. 39 ev.

412. Kop, P.C., (1992), p. 39-40.

wordt uit een bespreking van de tweede druk van Lands *Verklaring*, en uit de daarin verwerkte citaten van Land zelf, duidelijk dat een enkele kwalificatie 'legistisch' onterecht zou zijn:

'De houding, welke de heer L. tegenover den tekst der wet aanneemt, is mijns inziens eene zeer gelukkige eerbied voor den duidelijk uitgesproken wil des wetgevers, verbonden met zooveel zelfstandigheid, dat nooit wordt uit het oog verloren, hoe de wet slechts eene uiting (soms eene gebrekkige uiting) is van het *recht*. Reeds in de Voorrede wordt dit punt met nadruk op den voorgrond gesteld; (...)' ⁴¹³

Zowel bespreker als besprokene menen, dat de wet slechts een weergave is van het recht. De methodologie van Land heeft bepaald meer te bieden. Zij verenigt in zich een nadrukkelijker behandeling van het wenselijke recht, en onderstreept tevens het (aan de Duitse Historische School ontleende) belang van een historische interpretatie. De wet is niet alleen het enige, of uiterste object van de rechtsvinding, maar wordt door Land geschetst als slechts een mogelijke weergave van het recht, en soms zelfs een gebrekkige weergave. Wat is daarvan de consequentie? Land laat zijn verklaring van de wet met kritiek op die wet gepaard gaan. Die verklaring van wetbepalingen

'(...) moet in de eerste plaats leiden tot volledige kennis van het bestaande, maar bovendien kunnen wij alleen door ons kalm rekenschap te geven van de gebreken, inzien, waar verbetering behoort te worden aangebracht. Zulk een verbetering is alleen te bereiken door ontwikkeling van het bestaande recht; ook in dit opzicht is nauwkeurige kennis van de wet gewenscht. De continuïteit van het recht wordt nimmer zonder groot gevaar miskend. Zooals het recht van heden nooit volledig verklaard wordt, tenzij wij ook zijne historische wording nagaan, zal ook voor de toekomst weinig heil zijn te wachten van het breken met het bestaande recht, waarin toch ook veelal een gezonder kern, en meer stof tot ontwikkeling ligt, dan sommigen in hun ongeduld wel meenen. De richting, waarin het recht zich voortbewoog, verder te vervolgen, wijst ons in den regel den meest betrouwbaren weg; die weg is meestal langer dan wij wenschen, doch de ervaring van eeuwen dwingt ons tot een bedachtzamen tred.' ⁴¹⁴

De nadruk ligt in dit citaat op de gebreken van de wet en de historische wording van het recht. Deze gebreken kunnen door de rechtswetenschap door 'ontwikkeling' van het recht worden bestreden. De wetenschap wijst de weg, die de wetgever zal moeten gaan. Opvallend in dit verband is Lands stellingname inzake aansprakelijkheid buiten schuld. Een uitspraak van de rechter te verlangen waar de wet zwijgt, alleen op grond van 'zijne rechtsovertuiging, naar hetgeen hij vermeent, misschien slechts gevoeld, recht te moeten zijn,' is veel te bezwaarlijk: 'men zal moeten erkennen dat wij hier hoogstens wenschen hebben omtrent hetgeen hier positief recht behoort te zijn.' ⁴¹⁵ Bij Land heeft de taak van de rechtswetenschap, te beredeneren hoe de wetgeving zou behoren

413. Feith, P.R., bespreking van Land, N.K.F., *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek* deel 2 en 3 (2e druk, 1901, 1902), en Land, N.K.F., *Rechten op Zaken*, naar het Ontwerp Tweede Boek B.W. 1901, in: *Themis* 1904, p. 170.

414. Land, N.K.F. in zijn voorrede, als geciteerd door Feith, P.R., (1904), p. 171.

415. Land, N.K.F., *Inleiding tot de verklaring van het burgerlijk wetboek*, (1910), p. 34-35.

te luiden, een prominente positie verworven. De historische ontwikkeling van het recht is eveneens een opvallend aspect in de methode van Land: 'Voor het juiste begrip van het bestaande recht is de kennis van zijne geschiedenis van het hoogste gewicht.'⁴¹⁶ Zij is aanwezig bij Lands argumentatie inzake artikel 2014⁴¹⁷. Met name in Lands grotere aandacht voor de vraag hoe het recht zou behoren te luiden kan de nieuwe richting, de vrije rechtsvinding worden gehoord.

b. ...anderzijds profilering der vrije richting

Een aantal juristen heeft een voortrekkersrol voor de vrije rechtsvinding gespeeld. Hamaker is uitgebreid aan het woord geweest. Genoemd moeten verder worden Drucker, Molengraaff, Levy, en wat later, Scholten⁴¹⁸. Zij allen spelen in de onderzochte onderwerpen een rol van betekenis. Waar zij hun methoden van rechtsvinding verantwoorden, laat dit aan duidelijkheid niets te wensen over. Zo spreekt Drucker in zijn oratie over 'De grootste kanker van ons rechtsleven ligt evenwel in de vervreemding, de kloof tussen theorie en praktijk der rechtswetenschap.' Deze kloof kan door een vrije interpretatie worden gedicht:

'bij de uitlegging der wet eische men met klem voor wetenschap en praktijk uitgebreider macht dan hun thans toekomt. Het stelsel van codificatie heeft uit het oogpunt van rechtseenheid en rechtszekerheid te heilzame vruchten opgeleverd, dan dat wij er aan zouden denken, het te bestrijden. Maar de wetgever behoort zich te beperken: de wetgever kan nu eenmaal niet alles regelen; sommige onderwerpen zijn nog niet rijp voor wettelijke ordening, andere zijn over het geheel te ingewikkeld of te weinig belangrijk; tal van bijzondere gevallen ontsnappen aan wettelijke formulering. Daarom slechts de beginselen in de wet neergelegd, de vrije toepassing aan den rechter overgelaten.'⁴¹⁹

Omdat, volgens Molengraaff, de wetgever een meer beperkte rol krijgt toebedeeld, wordt de taak van de rechter, en van de rechtswetenschap groter. Ook Molengraaff is een voorstander van een grotere interpretatievrijheid. In zijn oratie uit 1885 geeft hij een catalogus van verschillende rechtsvindingsmethoden, die de jurist ten dienste staan. In de eerste plaats het recht, zoals dat in de wetgeving is uitgedrukt. Maar, 'De wet, daaromtrent is geen twijfel meer mogelijk, mag dus niet het enig kompas zijn, waarop

416. Land, N.K.F., (1910), p. 143.

417. Zie over de historische methode hoofdstuk 5 § 1.D.1; over Opzoomers 'rechtsontwikkeling' hoofdstuk 5 § 1.C.3; over Lands historische methode in zijn standpuntbepaling in de discussie over artikel 2014 hoofdstuk 5 § 3.A.2, waarin deels hetzelfde citaat is opgenomen. Zie ook hoofdstuk 5 § 3.B, waarin de historische methode door Levy wordt verdedigd in zijn kritiek op Van Bemmelen's standpunt over de historische ontwikkeling van artikel 2014.

418. Zie over Scholten ook hoofdstuk 7 § 1.D.

419. Drucker, H.L., *Rechtswetenschap en wetgeving* (1882), in: *Rechtsgeleerd Magazijn* 1882, p. 542. Zie over de kloof tussen praktijk en recht ook: C.J.H. Jansen, *Popularisering van het recht in Nederland. Enige beschouwingen over de kloof tussen recht en volk in het laatste kwart van de 19e en het begin van de 20e eeuw*, *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis* nr. 63 (1995), p. 119 ev; Land, N.K.F., (1910), p. 42-56.

de leeraar zeilt.' Exegese van de wet gaat tezamen met de praktijk van het recht, naar 'datgene wat in het verkeer als recht wordt geobserveerd, onverschillig of het al dan niet officieel recht is'. Verder zijn er enige ander hulpmiddelen om tot een uitleg te komen: de rechtsgeschiedenis, het recht is immers 'het resultaat van eeuwenlange ervaring en moeitevollen strijd'; en 'eindelijk maakt het cosmopolitisch karakter van het verkeersrecht de rechtsvergelijking tot een onmisbaren factor, die bij het onderwijs te minder verwaarloosd mag worden, daar zij bij oordeelkundig gebruik zeer veel kan bijdragen tot betere waardering van het eigen recht.'⁴²⁰ Molengraaff maakt als een noodzakelijk onderdeel van zijn interpretatie gebruik van andere rechtsstelsels. Ook anderen houden rekening met andere rechtsstelsels bij de uitleg van Nederlandse bepalingen.

D. VRIJE RECHTSVINDING IN ANDERE RECHTSSTELSELS

1. *De Franse rechtswetenschap rond de eeuwwisseling*

De École de l'exégèse⁴²¹ krijgt aan het einde van de negentiende eeuw met kritiek te maken. Het zijn met name Geny en Saleilles die zich afzetten tegen de strikt aan de tekst en systeem van de wet vasthoudende interpretatiemethoden in de doctrine:

'Dominés et comme éblouis par les résultats de la codification, les commentateurs français modernes ont accepté, au moins implicitement, à titre de postulat, cette idée, que la législation formelle, - j'entends dire l'ensemble des actes législatifs promulgués, et encore en vigueur en France, - doit suffire à nous révéler toutes les règles juridiques, nécessaires au besoins de la vie sociale, en matière de droit privé',⁴²²

Met wetgeving kan niet alles worden geregeld. Onduidelijkheden en onvoorziene kwesties moeten door de wetenschap worden verduidelijkt en ingevuld. De rechter moet met een vrije interpretatie in het concrete geval beslissen. Alleen op deze wijze kan zorggedragen worden voor een constante aanpassing van wetgeving aan de behoeften van de maatschappij. Die taak kan door de rechtswetenschap slechts worden vervuld wanneer zij zich vrijer van de wet opstelt. 'La libre recherche scientifique' zo noemt Geny deze vrije rechtsvinding in 1899 en hij propageert die vrije rechtsvinding met name voor de rechtswetenschap: de Franse rechtspraak heeft zich naar zijn mening al redelijk vrij ten

420. Molengraaff, W.L.P.A., *Het verkeersrecht in wetgeving en wetenschap* (1885), p. 34-36; *Molengraaff bundel* (1978), p. 58-60. Zie voorts Molengraaff, W.L.P.A., De "oneerlijke concurrentie" voor het forum van den Nederlandschen rechter, *Rechtsgeleerd Magazijn* 1887, met name p. 384 ev.; ook in: *Molengraaff bundel* (1978), p. 113 ev.

421. Zie hoofdstuk 5 § 4; Ghestin, J., en Goubeaux, G., *Traité de droit civil*, introduction générale (1990), nr 147 ev, p. 107 ev.

422. Geny, F., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, deel 1 (1899, 1954), nr. 12.

opzichte van de wet betoond⁴²³. Wanneer een verandering noodzakelijk is, en de wetgever zorgt voor wetgeving, '(...) rien de mieux. Mais, vraiment, on ne peut se fier à lui, pour suffire à tout. Son intervention doit rester relativement rare, en matière de droit privé.' Dat maakt de noodzaak duidelijk,

'à côté de la force proprement législative, d'un organe plus souple, formant le droit en appliquant, tout au moins pour remédier aux insuffisances de la loi (...)'

De rechtspraak heeft zich die rol al aangemeten: 'Aussi bien, notre jurisprudence contemporaine n'a jamais absolument méconnue son rôle, ni son pouvoir en ce sens. Plus que jamais aujourd'hui, elle se sent appelée (...) à compléter le droit existant, suivant les besoins sociaux (...). Ce faisant, non seulement elle n'exède pas son droit, mais elle satisfait simplement à sa mission.' Wat moet de rechtswetenschap met dit voorbeeld doen? Het volgende:

'Loin donc de décourager, par ces exigences surannées, cette jurisprudence progressive, la doctrine ne peut mieux faire que l'appuyer, en cherchant à éclairer ses procédés, et à imprégner d'avantage d'un véritable esprit scientifique ceux qui les mettent en oeuvre.'

Ook Saleilles spreekt zich uit voor een vrijere interpretatie. Zo onder meer in zijn voorwoord voor Geny's werk, waarbij duidelijk wordt dat de Franse vrije rechtsvinding schatplichtig is aan de Duitse rechtswetenschappelijke methoden:

'Aussi je ne saurais mieux finir que par cette forte devise, inspirée d'un mot analogique d'Jhering, et autour de laquelle converge (...) tout le livre de M. Geny: Par le Code civil, mais au-delà du Code civil!

Je serais de ceux peut-être qui en eussent volontiers retourné les termes: Au-delà du Code civil, mais par le Code civil! Je reconnais que ce serait manquer un peu de hardiesse et vouloir conserver une part de fiction. Aussi je n'insiste pas, trop heureux de me laisser convaincre, pourvu que cela puisse convaincre: ce à quoi nous tenons le plus c'est à "l'Au-delà"

Il sera difficile désormais que cet "Au-delà" ne devienne pas le mot d'ordre de tous les juristes.'⁴²⁴

In het gehele werk maakt Geny veel gebruik van Duitse (Jhering) en Oostenrijkse juristen (Menger). Ook in de Duitse rechtswetenschap was voor de eeuwwisseling een vergelijkbare discussie over de rechtsvinding gevoerd. Moest deze zich strikt baseren op de systematische juridische dogmatiek, of was de praktijk ook van belang?

423. Geny, F., deel 2 (1899, 1954), p. 229; Coing, H., (1989), p. 36-37. Zie Bouckaert, B., *De exegetische school* (1981), p. 48; Lokin, J.H.A., en W.J. Zwalve, (1992), p. 182. Zie ook Kelly, J.M., *A Short History of Western Legal Theory* (1992), p. 362.

424. Geny, F., (1899, 1954) voorwoord, p. xxv.

2. De Duitse rechtswetenschap rond de eeuwwisseling

In Duitsland is het niet een gebondenheid aan de wet die een 'vrije rechtsvinding' teweeg brengt, maar de systematische beoefening van het Romeinse recht: de 'Begriffs-juristische Pandektenwissenschaft.'⁴²⁵ De Pandektistiek na Savigny heeft zich, onder invloed van met name Puchta, ontwikkeld tot een wetenschap die zich met een abstract-dogmatisch begrippensysteem bezig hield. 'Puchta's abstrakt-begriffliches System hat die Dogmatik der Folgezeit am nachhaltigsten bestimmt. Es wies der Rechtswissenschaft aber auch ganz deutlich ihre Grenzen. Die steigende Vergeistung der Rechtsbegriffe hatte zur Folge, daß sich zwischen Rechtssystem und Lebenswirklichkeit eine tiefe Kluft auftat.'⁴²⁶ Tegen deze kloof stelt Jhering zich te weer. Tegenover de Begriffsjurisprudentz stelde Jhering de Interessenjurisprudentz: 'Der Grundgedanke des gegenwärtigen Werkes besteht darin, dass der Zweck der Schöpfer des gesamten Rechts ist, dass es keinen Rechtssatz gibt, der nicht einem Zweck, d.i. einem praktischen Motiv, seinen Ursprung verdankt.'⁴²⁷ Ook bij andere juristen is sprake van een vergelijkbare wending van de systematische dogmatiek naar een meer praktisch georiënteerde wetenschapsbeoefening. Zo pleit Gierke voor een socialer privaatrecht⁴²⁸ en Oostenrijkse juristen nemen het voortouw met hun socialistische kritiek op het privaatrecht⁴²⁹. Onder hen treffen wij Menger en Mataja, die ook in Nederland, bijvoorbeeld door Scholten (instemmend) en Eyssell (afwijzend), worden aangehaald. De maatschappij is voor deze juristen een van de belangrijkste bronnen van het recht⁴³⁰. Deze wending in de Duitse rechtswetenschap naar de maatschappij wordt tot in een uiterste voortgezet door aanhangers van de *Freirechtsschule*⁴³¹. Uitgangspunt van deze beweging was dat 'die konkrete Fallentscheidung des Richters in Wahrheit nicht auf logisch-verstandesmäßiger Ordnung, sondern auf dem Rechtsgefühl beruhe. Der Richter dürfe und müsse vom Gesetz abweichen, sobald es zu unrichtigen Ergebnisse führen würde.'⁴³²

Behalve deze wending naar de maatschappij is er nog een ander aspect van de Duitse rechtswetenschap dat de aandacht in Nederland trekt: de totstandkoming van het BGB. De Duitse codificatie van het privaatrecht komt in 1896 tot stand en verkrijgt op 1 januari 1900 kracht van wet. Het is bepaald niet de eerste algemene Duitse codificatie. Het handelsrecht is het BGB in 1870 als codificatie voorgegaan, op enkele deelgebieden

425. Zie hoofdstuk 5 § 1.D.1; Schlosser, H., (1985), p. 105.

426. Schlosser, H., (1985), p. 106.

427. Von Jhering, R., als geciteerd in Lokin, J.H.A., en W.J. Zwalm, (1992), p. 232.

428. Zie Wieacker, F., (1967), p. 453; Gierke, O., (1889), als aangehaald door Kop, P.C., (1992), p. 46; Van Dievoet, E., (1943) p. 67; Köbler, G., *Deutsche Rechtsgeschichte* (1996), p. 183.

429. Wieacker, F., (1967), p. 457.

430. Zie Schlosser, H., (1985), p. 116 ev.; Coing, H., (1989), p. 52-53; Wieacker, F., (1967), p. 449.

431. Kantorowicz, H., *Aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre* (1925), p. 39; Ehrlich, E., *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft* (1906, 1987), passim. De stroming is door de toepassing van vrije interpretatie van de wetgeving ten tijde van het nationaal-socialisme in Duitsland volstrekt verdwenen.

432. Köbler, G., (1996), p. 189. Zie ook: Muscheler, K., *Relativismus und Freirecht* (1984), p. 85 ev.

waren reeds codificaties tot stand gebracht, en (ontwerpen voor) privaatrechtelijke codificaties hadden in enkele delen van het Duitse gebied eerder het licht gezien. Aan het begin van de negentiende eeuw was in de rechtswetenschap door Von Savigny nog krachtig en met succes gepleit tegen een privaatrechtelijke codificatie. Met de totstandkoming van een eenheid in het handelsrecht, en met andere privaatrechtelijke codificaties die op het Duitse grondgebied gelding hadden, is voor een algemene privaatrechtelijke codificatie de weg deels geëffend⁴³³. Tegenover deze codificatie als zodanig staan aanhangers van een vrije rechtsvinding niet negatief. Juist de strikt technische, op tekst en systeem gebaseerde uitleg staat hen tegen. Ehrlich:

'Die Kodifikation des geltenden Rechtes ist, wenn das Juristenrecht einen gewissen Umfang erreicht hat, nicht zu vermeiden und dürfte neben nicht wegzuleugnenden Nachteilen überwiegend günstige Folgen haben.' 'Der Gegensatz der freien Rechtsfindung und der technischen liegt daher nicht darin, dass die erste über das Gesetz hinaus gehen würde, er liegt eher in dem Wege, der eingeschlagen wird.'⁴³⁴

Kantorowicz omschrijft de stroming juist als een strijd met het 'Werkzeugdogma'; '...es genügt also nicht die "Auslegung"; vielmehr bedarf es eines eigenen Verfahrens, der ihrer selber voll bewußten und ehrlich als solcher auftretenden "freien Rechtsfindung" ⁴³⁵. Als gunstige gevolgen van een codificatie noemt Ehrlich ordening in 'den Wust des Juristenrechts' en eenvormigheid van het recht. Als nadeel noemt hij de barrière van nationale juridische grenzen voor een internationale 'Wechselwirkung der wissenschaftlichen Arbeit', een barrière die hij overigens op termijn geslecht ziet door rechtsvergelijking.

E. ANDERE RECHTSSTELSELS EN KENNISNAME DAARVAN IN NEDERLAND

De verwijzingen in *Themis* geven het volgende beeld. Naar Nederlandse bronnen wordt verwezen in 69% van de gevallen, naar Franse bronnen in 16%, naar Duits recht in 7%, Romeins recht in 6% en naar Belgische bronnen maar in 1% van de gevallen. De inhoudsopgaven van *Themis* en het *Rechtsgeleerd Magazijn* bieden het volgende beeld: alle 20 artikelen uit twee jaargangen (1904 en 1905) *Themis* zijn gericht op het Nederlandse recht. Van de eveneens twintig besprekingen en aankondigingen hadden een tweetal betrekking op Duits recht. Het *Rechtsgeleerd Magazijn* plaatst in dezelfde jaren 18 artikelen, waarvan een zevental betrekking heeft op een ander stelsel. Van de 79 aangekondigde of besproken boeken hebben er 11 betrekking op een ander rechtstelsel: op het Duitse recht 7, het Franse recht 2, het Engelse en het Italiaanse elk 1.

433. Schlosser, H., (1985), p. 120 ev.

434. Ehrlich, E., (1906), p. 18.

435. Kantorowicz, H., (1925), p. 6.

1. *Rechtsvergelijking als rechtsvinding*

De in § 1.C.1 geschetste ontwikkelingen in de maatschappij, de economische recessie en de toename van het (handels)verkeer, zijn Europese ontwikkelingen⁴³⁶. Door verschillende Nederlandse civilisten wordt gewezen op de noodzaak van kennisname van andere rechtsstelsels bij de uitleg van het Nederlandse recht. Zo is rechtsvergelijking voor Molengraaff vanwege het internationale verkeer een 'onmisbaren factor' bij de uitleg. Hij is niet de enige die pleit voor rechtsvergelijking als methode van beoefening van het Nederlandse privaatrecht. Anderen doen dat evenzeer, om uiteenlopende redenen. Op een meer algemeen rechtswetenschappelijk niveau spreekt Drucker zich uit voor een herwaardering van het Romeinse recht als lingua franca voor een Europese rechtswetenschap. 'De gemeenschap der Latijnse taal is lang verbroken; de tijd, toen men onze werken allerwege citeerde, is voorbij. De wiskundige formules, het natuurkundig onderzoek, vinden hun weg door alle landen; verschil van taal en wetgeving beperkt den gezichtseinder van den jurist.' Rechtseenheid is volgens hem een lofwaardig streven, maar weinig realistisch:

'Men verlangt internationale rechtseenheid, internationale rechtsbeoefening. Lofwaardig streven voorwaar! Maar onvruchtbaar tevens trots alle congressen en gloeiende redevoeringen, zoolang men essentieel verschillende methoden volgt; zoolang de Engelschman zich alleen bezighoudt met concrete beslissingen, zonder te vragen naar de beginselen die daaraan ten grondslag liggen; zoolang de Franschman geene andere rechtswetenschap kent dan uitlegging zijner wetboeken, vaak tegen de geschreven letter in, volgens de rede en de billijkheid; zoolang eindelijk de Duitscher zich verdiept in bespiegelingen, waarvan het practisch nut hem zelf vaak niet duidelijk is.'

Die internationale rechtsorde kan dichterbij worden gebracht door gebruik te maken van het Romeinse recht, 'de gelukkige samensmelting van theorie en practijk'⁴³⁷. De Savornin Lohman maakt gebruik van het Duitse recht (het BGB) om een zeer praktische reden: 'Ik meende intusschen mij daarbij niet altijd te kunnen beperken tot onze Nederlandsche auteurs, maar met name gebruik te moeten maken van het met den aanvang dezer eeuw ingevoerde Duitsche burgerlijk wetboek en van een enkele zijner commentatoren, daar waar ik meende dat zulks kon bevorderlijk zijn tot klaarder inzicht in onze eigen wetgeving.'⁴³⁸ Wetsvergelijking was een vorm van rechtsvergelijking die al eerder werd gepropageerd, als onderdeel van de bepaling hoe het wenselijke recht zou moeten luiden⁴³⁹. Nu wordt steeds meer expliciet gewezen op de noodzaak van rechtsvergelijking bij de uitleg van Nederlandse bepalingen.

436. Zie Wieacker, F., (1967), p. 453 ev; Coing, H., (1989), p. 2-3.

437. Drucker, H.L., (1882), p. 546-547.

438. De Savornin Lohman, W.H., *Verklaring van het burgerlijk wetboek door Mr. N.K.F. Land*, deel 4, (2e druk, 1907), p. vii-viii.

439. Zie hoofdstuk 5 § 2.C.3.

2. Rechtsvergelijking als afzonderlijke discipline

Overzichten van de geschiedenis van de rechtsvergelijking schetsen een beeld waarin rechtsvergelijking eerst wordt gekenmerkt door incidentele en afzonderlijke beoefening. Gewezen wordt in de eerste plaats op het ontstaan van de nationale codificatie, vervolgens worden enkele afzonderlijke rechtsvergelijkende activiteiten genoemd. Zo bijvoorbeeld Coing, die aanhaalt hoe de 'législation comparée', de wetsvergelijking in Frankrijk als afzonderlijke discipline ontstond naar aanleiding van de nationale codificaties. Daarbij wijst hij op een aantal tijdschriften die in verschillende landen worden opgericht met wetsvergelijking als onderwerp. In bijzondere rechtsgebieden zoals het handelsrecht is wel aandacht voor andere rechtsstelsels, maar over de vraag hoe het nu in de privaatrechtelijke literatuur is gesteld met rechtsvergelijking is hij kort. Hij noemt enig werk van Saleilles over het BGB en voorts enkele verzamelingen van wetgevingen uit verschillende landen. Ook anderen schetsen een dergelijk beeld⁴⁴⁰. Tevens in opkomst is de beoefening van het internationaal privaatrecht, en in dat verband wordt ook rechtsvergelijking gepropageerd, en zelfs unificatie van materieel privaatrecht. Dat laatste wordt wegens de politieke onhaalbaarheid terzijde gesteld. In Nederland zijn het Asser (T.M.C.) en Josephus Jitta, en in mindere mate Hamaker die de wetenschap van het internationaal privaatrecht in Nederland laten aanvangen⁴⁴¹. Een beschrijving van rechtsvergelijking als een afzonderlijke discipline, of als een incidentele, uitwendige belangstelling voor andere rechtsstelsels, doet te kort aan de werkelijkheid. Onderdeel van de vrije rechtsvinding is de toepassing van rechtsvergelijking als rechtsvindingsmethode binnen het privaatrecht. De aanloop naar een inhoudelijk gebruik is ook al in de legistische periode waarneembaar.

§ 2. Aansprakelijkheid voor zaken: de ruime uitleg als een 'eisch des tijds'

A. AANVANG VAN EEN RUIME UITLEG IN HET LEGISME

Opzoomer geeft artikel 1403 in de periode van het legisme een goed onderbouwde ruime uitleg⁴⁴². Naast de ruime uitleg van Opzoomer is er de nauwelijks gemotiveerde ruime uitleg van de Hoge Raad uit 1859. Op deze standpunten wordt voortgebouwd. Een eerste voortzetting is te vinden in de discussie die in de Nederlandse Juristen-Vereeniging wordt gevoerd over de aansprakelijkheid van spoorwegondernemingen in 1874⁴⁴³.

440. Coing, H., (1989), p. 56 ev; Sauveplanne, J.G., Van buitenlands recht tot rechtsvergelijking, in: Kokkini-Iatridou, D., e.a. (1988), p. 45-48. Sauveplanne, J.G., *Rechtsstelsels in vogelvucht* (1981), p. 22.

441. Zie daarover Steenhoff, G.J.W., (1994), p. 53 ev.

442. Opzoomer, C.W., deel 6 (1879), p. 326.

443. Zie hoofdstuk 5 § 2.C.3.

B. DE DISCUSSIE IN DE NEDERLANDSE JURISTEN-VERENIGING

De Nederlandse Juristen-Vereeniging spreekt over preadviezen van Bolhuis en Pijnappel met betrekking tot de vraag: 'Hoe behoort de aansprakelijkheid der spoorwegondernemingen bij het vervoer van goederen en personen, in verband met het Nederlandsche burgerlijk- en handelsrecht te worden geregeld?' ⁴⁴⁴ Bij de totstandkoming van de Nederlandse spoorwegwet wordt de mogelijkheid van een ruime uitleg van artikel 1403 lid 1 weliswaar betrokken, maar niet overgenomen. Artikel 1 van de Spoorwegwet van 1859 (1875) vestigt een aansprakelijkheid met omkering van de bewijslast van schuld, maar het artikel wordt eng uitgelegd ⁴⁴⁵. Aansprakelijkheid ontstaat alleen voor schade geleden door vervoerde personen of aan vervoerde goederen ⁴⁴⁶. Vanwege het internationale karakter van spoorwegvervoer prefereert Pijnappel een internationale regeling. Hij vreest echter:

'dat de tijd daarvoor nog niet rijp is. De vreeselijke oorlog, voor korte jaren in Europa gevoerd, en de wrok als gevolg daarvan achtergebleven, zijn er niet gunstig voor. Duitsland schijnt bovendien meer geneigd anderen in zich op te nemen dan met anderen in gemeen overleg te treden.' ⁴⁴⁷

Pijnappel propageert rechtsvergelijking bij de vaststelling van wenselijk recht. Al die buitenlandse wetten leveren 'voor het ius constituendum niet onbelangrijke bijdragen, en zoo het nog lang eene onmogelijkheid zal blijven een Europeesch regt te verkrijgen, zal het toch altijd zaak zijn, om bij de herziening van eigen regt op dat van naburige staten het oog te houden.' ⁴⁴⁸ Er is echter geen reden om voor spoorwegondernemingen een van artikel 1401 ev. afwijkende regeling te vervaardigen. De meeste deelnemers (onder wie Philips) aan de vergadering ondersteunen dit standpunt ⁴⁴⁹. Zo niet Levy:

'Een conducteur bij de Rijnspoorwegmaatschappij, eene maatschappij die niet gewoon is de kaartjes onder het rijden te doen ophalen, kreeg bevel een enkelen keer die kaartjes onder het rijden op te halen en ten gevolge daarvan verongelukte hij. Ik stelde de gewone actie tot schadeverloosstelling in en in twee instanties ben ik met die actie afgewezen, omdat ik niet kon bewijzen

444. *Handelingen* (1874), p. 178 ev.

445. Art. 1. De ondernemers eener spoorwegdienst zijn verantwoordelijk voor de schade, door personen of goederen bij de uitoefening der dienst geleden, ten ware de schade buiten hunne schuld of die hunner beambten of bedienden zij ontstaan.

446. Zo bijvoorbeeld in HR 3 april 1890 (*Weekblad van het Recht*. 5856); *Handelingen* (1874), p. 183; zie voor de Spoorwegwet 1859: *Staatsblad* 98, 1859; de Spoorwegwet 1875 in: *Stb* 67, 1875. Bruins vermeldt in 1906 dat een constante jurisprudentie van de Hoge Raad uitgaat van deze beperking tot vervoerde personen en goederen. Bruins, G.W.J., *Een onderzoek naar den rechtsgrond der schadevergoeding* (1906), p. 89; Van Maanen, G.E., (1985), p. 416; Valkhoff, J., De invloed van de spoorwegen op enkele gebieden van het Nederlandse privaatrecht, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 1939, p. 414 ev.

447. *Handelingen* (1874), p. 182.

448. *Handelingen* (1874), p. 182.

449. *Handelingen* (3e zitting) (1874), p. 156.

schuld aan de zijde der maatschappij. Dat is recht in Nederland en het werd verkregen na tegenspraak mijner vordering door mijn hooggeachten Amsterdamschen ambtgenoot Mr. Philips.⁴⁵⁰

Nederland zou een voorbeeld moeten nemen aan wetgeving in Duitsland, volgens Levy, waar omkering van bewijslast de benadeelde tegemoetkomt. Daar is de spoorwegonderneming aansprakelijk, tenzij sprake is van overmacht of eigen schuld van de benadeelde. De betreffende paragraaf luidt als volgt:

§ 1. Wenn bei dem Betriebe einer Eisenbahn ein Mensch getötet oder körperlich verletzt wird, so haftet der Betriebs-Unternehmer für den dadurch entstandenen Schaden, sofern er nicht beweist, dass der Unfall durch höhere Gewalt oder durch eigenes Verschulden des Getöteten oder Verletzten verursacht ist.⁴⁵¹

Deze wet verving een oudere wet uit 1838, waarin eveneens als in de Nederlandse spoorwegwet uitgegaan werd van een beperking tot vervoerde personen en goederen. Met 27 tegen 14 stemmen stemt de NJV tegen een van de algemene artikelen afwijkende regeling. Wetssystematiek en eenheid van recht zijn de belangrijkste redenen⁴⁵². Tot nog toe gingen er stemmen op voor een aanpassing van de wetgeving. De mogelijkheid om in de rechtspraak gebruik te maken van een ruime uitleg van artikel 1403 lid 1 BW wordt nog niet bepleit. Dat zou kort nadien wel gebeuren.

C. DE VOORTZETTING VAN DE RUIME UITLEG DOOR EEN VRIJE RECHTSVINDING

1. De spoorwegen

Tichelaar brengt een ruime uitleg van de bestaande wetgeving ter sprake. Hij stelt voor om de Spoorwegwet uit te leggen overeenkomstig de wijze waarop in Duitsland, Oostenrijk, Hongarije en Rusland de aansprakelijkheid van spoorwegondernemingen geregeld is:

'Niet uit zucht tot navolging van vreemde wetgevingen, maar op grond van een billijke verdeling van den bewijslast, zoodat in zoo veel mogelijk gevallen de rechter in staat zij de waarheid te ontdekken, acht ik het wenselijk, dat ook onze wet dit vermoeden bevat, en nu de woorden der wet het uitdrukkelijk zeggen, meen ik het voor eene onjuiste wijze van interpretatie te moeten houden, op grond van uitspraken van eenige kamerleden bij de behandeling der wet tot eene andere conclusie te geraken.'⁴⁵³

450. *Handelingen* (3e zitting) (1874), p. 196-197.

451. Wet van 7 juni 1871, *Reichsgesetzblatt* 1871 (14 juni), nr. 25.

452. *Handelingen* (3e zitting) (1874) p. 219. Voor stemden onder anderen Levy en, opvallend, Diephuis. In 1913 zal de vergadering van de NJV over een vergelijkbaar onderwerp heel anders besluiten: zie hoofdstuk 7 § 2.C.1.

453. Tichelaar, P.A., Artikel 1 der wet van 9 april 1875 (S.67), tot regeling van de dienst en het gebruik der spoorwegen, *Rechtsgeleerd Magazijn* 1891, p. 32.

Ook door middel van artikel 1403 lid 1 zou de aansprakelijkheid van spoorwegondernemingen op een wenselijke manier geregeld kunnen worden. Een voorbeeld van de ruime uitleg van 1403 is een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam uit 1883: 'Men [is] aansprakelijk voor alle schade, veroorzaakt door zaken, welke men onder zijn opzicht heeft, tenzij men bewijs van niet-schuld levere. Werd deze laatste mening door den H.R. gedeeld, de spoorwegondernemingen zouden voor schade, veroorzaakt door hare locomotieven enz., toch aansprakelijk zijn, tenzij zij hare onschuld bewezen.'⁴⁵⁴ De uitleg van wetsbepalingen kan een wenselijk recht tot stand brengen zonder tussenkomst van de wetgever.

2. Een ruime uitleg door een andere grondslag van aansprakelijkheid

Ook Scholten interpreteert artikel 1403 op ruime wijze. Hij breekt in zijn proefschrift een lans voor een andere grondslag van aansprakelijkheid⁴⁵⁵. De grondslag van aansprakelijkheid wordt volgens Scholten ten onrechte in schuld gezien. Waarom? In veel gevallen, constateert Scholten, is sprake van een verplichting om schadevergoeding te betalen, maar is schuld niet vereist. Jhering's uitgangspunt 'nicht der Schaden verpflichtet zum Ersatz, sondern die Schuld' heeft afgedaan⁴⁵⁶. Duitse en Oostenrijkse theorieën op economische grondslag (Mataja en Steinbach) bieden meer houvast. De schade moet door diegene gedragen worden waarmee 'het maatschappelijk belang' het beste is gediend. Dat is diegene die het voordeel van de schadeveroorzakende handeling heeft gehad⁴⁵⁷. Artikel 1403 lid 1 noemt Scholten als voorbeeld van aansprakelijkheid buiten schuld. De maatschappelijke wenselijkheid is Scholtens belangrijkste argument voor ruime interpretatie⁴⁵⁸. Daarnaast gebruikt Scholten grammaticale, systematische, historische en rechtsvergelijkende wijze van uitleg. In navolging van Opzoomer meent hij de aansprakelijkheid voor zaken uit het eerste lid van 1403, net als in het Franse recht waaraan de bepaling is ontleend, een zelfstandige betekenis heeft⁴⁵⁹. Door 'opzicht' wordt geen schuld geïmpliceerd⁴⁶⁰. Ook aan de wetshistorie, met name aan de geschiedenis van de overeenkomstige Franse artikelen ontleent Scholten argumenten voor een ruime uitleg van artikel 1403 lid 1⁴⁶¹. Dat kon hij in 1899 ook goed doen. Sinds 1896

454. Tichelaar, P.A., (1891), p. 34.

455. Zie § 2.B. Scholten, P. *Schadevergoeding buiten overeenkomst en onrechtmatige daad* (1899), p. 5. Zie over het belang van Scholtens proefschrift: Van Oven, J.C., *Nederlands Juristenblad* 1926, p. 109.

456. Scholten, P., (1899), p. 7.

457. Scholten, P., (1899), p. 22. Wie de voordelen draagt, moet ook de nadelen voor zijn rekening nemen, zo verwoordt Heijmans deze grondslag in de NJV in 1913. Steinbach wordt door Kantorowicz genoemd als een van de juristen die als eerste een vrije rechtsvinding in Duitsland en Oostenrijk voorstonden. Kantorowicz, H., (1925), p. 4.

458. Scholten, P., (1899), p. 20.

459. Scholten, P., (1899), p. 49. Zie ook hoofdstuk 5 § 2.C.2.

460. Scholten, P., (1899), p. 50. Toullier en Diephuis stelden schuld wel als vereiste voor aansprakelijkheid, zie hoofdstuk 3 § 4.A en hoofdstuk 5 § 2.C.1.

461. Scholten, P., (1899), p. 52.

hing het Franse Cour de Cassation een ruime opvatting aan van artikel 1384 Cc⁴⁶². Naar die uitspraak verwijst hij. Bovendien verwijst hij naar Toullier, Marcadé, Saleilles en Laurent⁴⁶³.

Ook Bruins verwijderd zich van 'schuld' als dogmatisch uitgangspunt. De maatschappelijke wenselijkheid is ook voor hem de reden een ruime uitleg voor te staan. Dat doet hij na vergelijking met het Franse recht. Tevens vermeldt Bruins Engelse en Amerikaanse rechtspraak, waarin bewijs van schuld werd vereenvoudigd door deze in de feiten besloten te achten: 'res ipsa loquitur.'⁴⁶⁴ De Nederlandse regeling is 'geheel en al onvoldoende'. Daar 'zullen wij moeten komen tot eene zoo ruim mogelijke aansprakelijkheid voor alle zaken zonder uitzondering.' Dat zou, zo stelt Bruins voor, bewerkstelligd kunnen worden door een ruime uitleg van artikel 1403 lid 1 BW (een 'eisch des tijds'), in het voetspoor van de uitleg van artikel 1384 Cc door de Franse rechtspraak⁴⁶⁵.

3. De ruime Franse uitleg

De ruime opvatting over 1384 Cc wordt aangehangen door Toullier, Marcadé, Laurent en Saleilles, zo vermeldt Scholten. De vermelding van de eerste twee auteurs als voorstander van een ruime uitleg is twijfelachtig. De Franse auteurs interpreteren in het algemeen de bepaling ruimer. Bij Toullier was nog sprake van een schuldvereiste dat besloten lag in het opzicht. In de uitleg van Marcadé is sprake van een schuldvermoeden, maar alleen van de expliciet genoemde zaken⁴⁶⁶. Bij Laurent is sprake van een vermoeden van schuld bij zaken in het algemeen:

'Il faut entendre dans le même sens l'article 1384: si l'on est responsable des choses que l'on a sous sa garde, c'est parce qu'on commet une négligence ou une imprudence dans la garde de la chose. Il n'y a pas de responsabilité sans faute. Reste à savoir si celui qui a une chose sous sa garde est présumé en faute. La loi tranche la difficulté quand il s'agit d'un bâtiment, puisqu'elle détermine les cas dans lesquels le propriétaire est responsable du dommage causé par sa ruine: c'est au demandeur à prouver que la ruine est arrivée par le défaut d'entretien, ou par le vice de construction, sauf au défendeur à faire la preuve contraire.

Que faut-il décider s'il s'agit d'une autre chose, par exemple, d'une machine? Ce cas ne rentre pas dans le texte de l'article 1386, qui ne parle que des bâtiments. Il faut donc appliquer la règle générale de l'article 1384. Or cette disposition établit une présomption de faute à charge

462. Mazeaud, H., et Mazeaud, L., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, deel 2 (2e druk, 1934), nr. 1140-1141, Esmein, P. in: Planiol, M., et Ripert, G., *Traité pratique de droit civil Français*, deel 6 (2e druk, 1952), nr. 612; Planiol, M., *Traité élémentaire de droit civil* deel 2 (1921), nr. 931.

463. Scholten, P., (1899), p. 52.

464. Bruins, G.W.J., *Een onderzoek naar den rechtsgrond der schadevergoeding* (1906), p. 89.

465. Bruins, G.W.J., (1906), p. 86 en p. 181. Anders dan Scholten, die de grondslag meer in economische verhoudingen legt, ziet Bruins de grondslag in 'risicoverhoging', zie Bruins, G.W.J. (1906), p. 176.

466. Zie hoofdstuk 3 § 3.A en hoofdstuk 5 § 2.B.

de celui qui est déclaré responsable. De là suit que le propriétaire de la machine est présumé en faute, sauf à lui de faire la preuve contraire.⁴⁶⁷

Laurent verwoordt expliciet een schuldvermoeden voor schade door zaken veroorzaakt. De in artikel 1384 Cc neergelegde algemene regel vindt zijn grondslag in schuld: '(...) si nous sommes responsables, c'est que nous commettons une négligence ou une imprudence dans la garde de la chose. C'est l'application du principe qu'il n'y a pas de responsabilité sans faute.' Maar waarom kan, een stap verder, een vermoeden van schuld worden aangenomen? Laurent vergelijkt met de aansprakelijkheid voor schade die door de instorting van gebouwen is teweeggebracht. In een dergelijk geval (art. 1386 Cc, 1405 BW) zal door de benadeelde aangetoond moeten worden 'vice de construction' of 'défaute d'entretien'. Welnu, deze in bijzonder voor gebouwen geschreven regel mag niet gebruikt worden voor de uitleg van artikel 1384 Cc, de aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door andere zaken. Schade veroorzaakt door andere zaken zal nauwelijks ergens anders uit voortgekomen kunnen zijn dan uit een gebrek aan de zaak zelf, of een nalatigheid in de bediening: 'donc le législateur a pu présumer la faute.' Toch verwijdt Laurent zich enigszins van schuld als grondslag. Een gebrek in de zaak zou namelijk kunnen voortvloeien uit een te weinig gevorderde stand van wetenschap of techniek. Dat zal niet aan de eigenaar van de zaak te verwijten zijn. En ook dan concludeert Laurent tot een aansprakelijkheid, echter om redenen van billijkheid: '(...) mais alors il y a une considération d'équité: n'est-il pas juste que le propriétaire de la machine supporte le dommage plutôt que celui qui en est la victime?'⁴⁶⁸ Laurent wordt gezien als de eerste die een ruimere uitleg van het artikel 1384 Cc voorstond⁴⁶⁹. In 1896 volgt het Franse Cour de cassation.

De aan die uitspraak ten grondslag liggende casus handelt over de stoomsleepboot *Marie*, eigendom van de heren Guissez. Op de Loire, onder de rook van Chantenay ontploft de stoommachine van de *Marie*, de mecanicien Teffaine wordt zodanig verwond, dat deze nog dezelfde avond overlijdt. Zijn weduwe vordert van Guissez schadevergoeding. Nadat haar vordering in eerste instantie is afgewezen, in hoger beroep toegewezen, belandt de zaak voor het Cour de cassation (16 juni 1896) dat overweegt:

'Attendu que l'arrêt attaqué constate souverainement que l'explosion de la machine du remorqueur à vapeur Marie, qui a causé la mort de Teffaine, est due à un vice de construction; qu'aux termes de l'art. 1384 c. civ., cette constatation, qui exclut le cas fortuit et la force majeure, établit, vis-à-vis de la victime de l'accident, la responsabilité du propriétaire du remorqueur sans qu'il puisse s'y soustraire en prouvant soit la faute du constructeur de la machine, soit le caractère occulte du vice incriminé.'⁴⁷⁰

467. Laurent, F., *Cours élémentaire de droit civil*, deel 3 (1878), p. 221-222; dezelfde, *Principes de droit civil*, deel 20 (1878), nr. 639.

468. Laurent, F., deel 20 (1887), nr. 639.

469. Zie Mazeaud, H., et L. Mazeaud, deel 2 (1934), nr. 1140-1141.

470. *Dalloz* 1897, 1, 433.

Saleilles annoteert het arrest en concludeerde tot een 'responsabilité purement objective' een toepassing van 'la théorie du risque professionnel': '(...) même que le vice de construction n'eut pas été prouvé, si la machine eût fait explosion, sans qu'on pût en attribuer la cause à l'une de ces forces étrangères irrésistibles contre lesquelles les prévisions humaines sont impuissantes, la responsabilité du propriétaire n'en aurait pas moins été engagé, parce que, d'après l'art. 1384, il s'agirait d'une responsabilité provenant de la garde des choses ou de la direction d'une entreprise et que cela suffit à faire supporter les risques.' Ook Saleilles verwijst naar Laurent.

In latere Franse commentaren wordt deze ruime uitleg als de heersende uitleg geschetst. Zo bij Demogue: artikel 1384 vestigt 'au regard de du gardien de la chose, une présomption de faute qui ne peut être détruite que si celui-ci fait la preuve que l'accident a eu pour cause un cas fortuit ou de force majeure ou la faute de la victime (...) Enfin elle est accepté par la doctrine la plus récente.'⁴⁷¹ Waarom is dit volgens Demogue de heersende leer geworden? Dat komt doordat in plaats van de geschiedenis, tekst en systeem van de wet, thans 'les considérations sociales' de doorslag geven bij de uitleg⁴⁷².

4. De automobiel

De opkomst van de auto zorgt voor een hernieuwde belangstelling, eerst voor een regeling van de aansprakelijkheid voor ongevallen met auto's, later voor een ruime uitleg van artikel 1403 lid 1 BW. In hoofdzaak geschiedt die opleving onder invloed van de Franse uitleg van artikel 1384 Cc. Dat artikel wordt juist voor de door auto's te weeggebrachte schade gebruikt, en daarvan wordt in Nederlandse tijdschriften, met name in het *Weekblad van het recht* uitgebreid verslag gedaan. Die belangstelling wordt ook met name daardoor ingegeven dat de wetgever in de ogen van juristen achter was gebleven met de vervaardiging van een goede wetgeving: 'wie zich op den wetgever verlaat, bouwt op een zandgrond', zo had Van Oven Star-Busman geciteerd, die zich reeds in 1908 had uitgesproken voor een regeling⁴⁷³.

De omkering van de bewijslast van het Cour de Cassation uit 1896 kon de gelaedeerde vooralsnog niet veel helpen, omdat een ander onderscheid werd aangebracht in de toepassing van het Franse artikel 1384. Indien de zaak schade toebrengt als gevolg van een *handeling van de gebruiker* van de zaak, dan komt niet artikel 1384 voor toepassing in aanmerking, maar moet artikel 1382 Cc toegepast worden. Deze weergave van het Franse recht wordt door Star Busman gegeven omdat ook de Franse wetgever sinds

471. Demogue, R., *Traité des obligations en général*, deel 5 (1925), nr. 1119, p. 362.

472. Demogue, R., (1925), p. 1121.

473. Van Oven, J.C., Aansprakelijkheid bij auto-ongelukken (art.25 Motor- en Rijwielwet), *Nederlands Juristenblad* 12 maart 1932, nr 11. Zie ook Star Busmann, C.W., De aansprakelijkheid der automobiel in het verkeersrecht, *Rechtsgeleerd magazijn* 1908.

1906 er niet in is geslaagd om een wet tot stand te brengen over de aansprakelijkheid van de automobilist:

'En al moge de wetgever indertijd slechts met een meer beperkte toepasselijkheid van het artikel rekening hebben gehouden, dat betekent niet, zooals Ballot-Beaupré zeide in zijn rede bij het eeuwfeest van den Code, dat het den rechters geoorloofd is, "lorsqu'ils ont à appliquer les règles de ce Code à des situations qu'elles n'ont pu prévoir, de les assouplir de façon à les adapter aux besoins nouveaux d'un état social transformé, tout en les respectant dans leur texte et dans leur esprit." 474

Vanaf 1924 wordt een ruime uitleg in Frankrijk aangehangen: 'Mocht deze nieuwe leer door een volgend arrest worden bevestigd, dan zal het schadevergoedingsrecht bij automobielongevallen in Frankrijk zonder eene wetswijziging als te onzent is ondernomen practisch van het onze niet veel verschillen: volgens het nieuwe artikel 25 bis de Motor- en Rijwielwet is de eigenaar van het motorrijtuig aansprakelijk, tenzij de schade is te wijten aan overmacht.' 475 Deze bevestiging wordt in 1927 door het Cour de Cassation gegeven, en van dit arrest wordt verslag gedaan onder het kopje: 'Een evolutie in de leer der aansprakelijkheid'. Alle gevaarlijke zaken behoren onder opzicht te staan, en indien bij gebruik van zo een zaak schade wordt veroorzaakt, dan is artikel 1384 Cc van toepassing, en behoeft schuld niet te worden aangetoond. Voor het afwenden van de aansprakelijkheid moet overmacht worden aangetoond 476. Lagere Franse rechtspraak geeft soms een beperkte uitleg 477. De ruime Franse uitleg van artikel 1384 Cc wordt als voorbeeld voor 1403 gepropageerd door de advocaten Janssens en Pit. Beide verwijzen naar het Franse recht in verband met de wetsgeschiedenis en naar eigentijds Frans recht, onder meer naar Demogue en Capitant 478. Demogue: 'L'art. 1384 (nouvelle interprétation) est déjà une limitation très sérieuse à la nécessité d'une faute prouvée.'

474. Star Busmann, C.W., *Weekblad van het Recht* 10864 (1922). Zie ook dezelfde in *Vragen des Tijds* 1922 deel 2, p. 170. Zie ook: *Weekblad van het Recht* 10903 (1922), p. 4. waarin een reactie op Star Busmann en enige lagere Franse rechtspraak met een beperkte uitleg van 1384.

475. *Weekblad van het Recht* 11270 (1924), p. 4. Zie ook *Asser-Hartkamp III* (1994), nr. 161.

476. *Weekblad van het Recht* 11768, p. 7. Zie ook *Nederlands Juristenblad* 1929, p. 233, 'Opmerkingen en mededeelingen.' Enkele andere vermeldingen van Franse rechtspraak: Aansprakelijkheid voor auto-mobieli-ongelukken, *Weekblad van het Recht* 11728, p. 4; Nog eens de aansprakelijkheid voor auto-ongelukken, *Weekblad van het Recht* 11974 (1929); *Weekblad van het Recht* 12196 (1930), p. 4, waar Franse literatuur over deze jurisprudentie wordt besproken; *Weekblad van het Recht* 12758 (1934); enige Franse jurisprudentie wordt voorts besproken in het *Nederlands Juristenblad* 1931, p. 485.

477. Zoals het Cour d'Appel d'Angers uit 1926, met een fundamentele motivering van een enge uitleg van artikel 1384 Cc: '(...) c'est uniquement au législateur qu'il appartient de suppléer à l'insuffisance des textes existants et d'édicter une pareille disposition dérogoratoire au droit commun.' 20 april 1926, Dalloz 1926, 386, als geciteerd bij Janssens, L., De burgerrechtelijke aansprakelijkheid bij auto-ongelukken, *Rechtsgeleerd Magazijn* 1929, p. 265.

478. Janssens, L., (1929), p. 285. Demogue, deel 5 (1925) nr. 1136. Pit, S.J., De aansprakelijkheid voor zaken, toegebracht door ondergeschikten, kinderen, dieren en door zaken, die men onder zijn opzicht heeft, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 1931, p. 66-68;

D. DE HEERSENDE MENING EN DE RECHTSPRAAK

1. *De heersende mening in handboeken...*

In tegenstelling tot de stemmen die in de rechtswetenschap opgaan voor een ruime uitleg van artikel 1403 lid 1 (of van artikel 1 Spoorwegwet), wordt in rechtspraak en handboeken meestal, in navolging van Diephuis, een enge opvatting aangehangen⁴⁷⁹. Zo bijvoorbeeld in het door Teixeira de Mattos bewerkte handboek van De Pinto. Daarin wordt de beperkte uitleg weergegeven. Toch was de mening van Diephuis op één punt door anderen niet overgenomen. Diephuis sprak over artikel 1403 lid 1 als een inleiding op de artikelen 1404 en 1405 BW⁴⁸⁰. Land kent artikel 1403 lid 1 wel betekenis toe⁴⁸¹. Daarbij kan op grond van artikel 1403 lid 1 BW aansprakelijkheid voor schade, veroorzaakt door zaken volgen. Schuld zal dan wel aangetoond moeten worden⁴⁸². Eenzelfde uitleg wordt door Oppenheim in 1914 weergegeven. De zinsnede van artikel 1403 lid 1 BW waarin gesproken wordt over zaken is niet slechts een aanloop naar de volgende artikelen, zoals Diephuis voorstelde. De genoemde personen en zaken in de volgende leden en artikelen zijn een aantal uitwerkingen van 1403 lid 1. Suijling neemt een positie in tussen een vrije interpretatie en een aan tekst en systeem van de wet gebonden uitleg⁴⁸³.

2. *...en in rechtspraak*

De betekenis van artikel 1403 lid 1 voor de aansprakelijkheid voor zaken was sinds 1870 een geringe⁴⁸⁴. Lagere uitspraken vertonen enige variatie, soms is sprake van een vergelijkbaar ruime uitleg als in 1859. Zo in een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam in 1883. Door een gasexplosie wordt schade toegebracht. De vordering van de eiser berust op artikel 1403 lid 1 BW. De rechtbank stelt 'dat degeen, die het opzicht heeft over een zaak, geacht wordt gefaald te hebben in het houden van behoorlijk opzicht, indien die zaak aan een ander schade berokkent.' De benadeelde hoeft slechts aan te tonen dat schade is toegebracht door een zaak en dat degene die hij aanspreekt over de zaak het opzicht uitoefende⁴⁸⁵. In andere uitspraken waarbij een beroep op

479. Zie hoofdstuk 5 § 2. Teixeira de Mattos, A., (1886), p. 573-575.

480. Zie hoofdstuk 5 § 2.C.1.

481. Land, N.K.F., deel 3 (1892), p. 259.

482. Land, N.K.F., deel 3 (1892), p. 263 en n. 4.

483. Veegens, J.D., *Schets van het Nederlandsch burgerlijk recht*, voortgezet door Mr. A.S. Oppenheim, derde deel (1914), p. 125-126. Zie over Suijling verder hoofdstuk 7 § 2.B.1.b.

484. Zie hoofdstuk 5 § 2.B. HR 4 maart 1870, Van den Honert, *Verzameling van arresten van den Hoogen Raad der Nederlanden, burgerlijk regt, regt van koophandel en burgerlijke regtsvordering*, deel 34, 1871, nr. 1162.

485. *Weekblad van het Recht* 4945 (1883). p. 1-2. De Rechtbank Leeuwarden hanteert in 1894 eveneens een ruime betekenis. Niet *schuld* doet het recht op schadevergoeding ontstaan, maar het opzicht over de zaak zelf. *Weekblad van het Recht* 6517 (1894), p. 3-4.

artikel 1403 lid 1 wordt gedaan, wordt minder snel aansprakelijkheid aangenomen. Zo wordt in 1889 door de rechtbank Amsterdam overwogen dat schuld, nalatigheid of verzuim de enige gronden zijn, waarop de verplichting tot schadevergoeding in de artikelen 1401-1405 BW steunt. De bewezen feiten echter wettigen het vermoeden van schuld⁴⁸⁶. De Rechtbank Amsterdam overweegt in 1895 dat: 'eigendom eener zaak niet per se de aansprakelijkheid voor die zaak meebrengt,'⁴⁸⁷ In andere uitspraken wordt niet van een omkering van bewijslast uitgegaan⁴⁸⁸. Ook de Hoge Raad blijft bij zijn enge uitleg van 1403 lid 1⁴⁸⁹. De Nederlandse heersende leer, de enge uitleg van artikel 1403 lid 1 wordt bovendien ondersteund door vermelding van Belgische rechtspraak. Artikel 1384 Cc veronderstelt 'het bestaan van schuld (faute), en hij, die een onbezield voorwerp, waardoor schade is ontstaan, onder zich heeft, is voor die schade dus niet aansprakelijk, indien niet blijkt, dat zij te wijten is aan zijne onvoorzichtigheid of nalatigheid.'⁴⁹⁰

E. CONCLUSIES AANSPRAKELIJKHEID VOOR ZAKEN

De heersende leer over de uitleg van artikel 1403 blijft de enge uitleg; een verruiming van de aansprakelijkheid wordt wel vaker voorgestaan. Een aantal klemmende betogen voor een ruime aansprakelijkheid gebaseerd op artikel 1403 verschijnt in de Nederlandse literatuur. In de eerste aanzet in de NJV wordt een beroep op de wetgever gedaan door wenselijk recht te beredeneren; later (Tichelaar, Scholten, Bruins, Star Busmann, Janssens en Pit) wordt dit wenselijke recht door een ruime interpretatie direct als mogelijk geldend recht gezien. Afzonderlijke wetgeving behoort ook tot de mogelijkheden (Tichelaar). De argumentatie voor de enge uitleg is in hoofdzaak gebaseerd op systematiek en de eenheid van het recht; die van de ruime in hoofdzaak op de maatschappelijke wenselijkheid.

Duitse en Oostenrijkse regelingen dienen als voorbeeld voor een voorgestane verandering van wetgeving (NJV); van diezelfde rechtsstelsels en Frankrijk maken Scholten en Bruins gebruik. Laurents ruime interpretatie, de Franse rechtspraak na 1896, en Franse literatuur wordt gebruikt door voorstanders van een verruiming van aansprakelijkheid voor auto's. Het gebruik van Duitse en Oostenrijkse wetgeving dient voor een argumentatie voor het wenselijke recht. Dat wordt anders in de argumentatie van Tichelaar in 1891: deze bronnen werken bij hem direct door in de argumentatie voor het geldende recht. Het Franse recht (en het Belgische) verschaft Scholten een historisch argument (Toullier, de Franse wetsgeschiedenis), maar eveneens verschaft het hem rechtsvergelij-

486. *Weekblad van het Recht* 5812 (1890), p. 3. Zie voor een vergelijkbaar geval van toepassing van artikel 1959 BW hoofdstuk 5 § 2.A.

487. *Weekblad van het Recht* 6716 (1895), p. 2.

488. *Weekblad van het Recht* 6844, (1896), p. 2-3.

489. *Weekblad van het Recht* 6927 (1897), p. 1.

490. *Weekblad van het Recht* 6084 (1891), p. 3-4. De uitspraak is van 31 december 1891.

kende argumenten voor een ruime uitleg (Laurent, Saleilles). Evenzo kan Scholten in deze ruimere mogelijkheden van interpretatie gebruik maken van Duitse en Oostenrijkse economische theorieën voor een andere grondslag van aansprakelijkheid. Evenzo wordt als rechtsvergelijkend argument gebruik gemaakt van de Franse rechtspraak in de vele pleidooien voor een kwalitatieve aansprakelijkheid voor de eigenaar van de auto.

§ 3. Artikel 2014: het verkeersbelang en de legitimatieleer

Diephuis' uitleg van artikel 2014 BW blijft de heersende leer. De Staatscommissie 'tot voortzetting der herziening' van het Burgerlijk Wetboek geeft de heersende leer in 1899 als volgt weer:

'Het stelsel van het Burgerlijk Wetboek ten aanzien van de verkrijging van den eigendom van roerende zaken is niet zoo klaar als wenschelijk zijn zou; meestal neemt men aan, dat de bepaling van artikel 2014 al.1 tot eigenaar verklaart den bezitter, onverschillig hoe of van wien hij het bezit verkregen hebbe. Wie de zaak bezit, is er eigenaar van: wie haar niet bezit, is geen eigenaar, ook al heeft hij haar vroeger op rechtmatige wijze verkregen en er niet aan gedacht zijn recht over te dragen of op te geven. Staat zoo iemand tegenover een bezitter en toont hij aan, dat hij de zaak door aankoop, door toeëigening, door zaaksvorming of op welke andere der erkende wijzen van eigendomsverkrijging dan ook, verworven heeft, het zal hem niet baten. De ander heeft de zaak en behoudt haar, ook al weet hij ter rechtvaardiging van *zijn* bezit niets aan te voeren. Slechts dan zal hij verplicht zijn de zaak af te geven als de eischer kan bewijzen, dat de zaak hem ontstolen of door hem verloren is, of dat hij haar aan de detentie van gedaagde toevertrouwde tegen belofte van restitutie' ⁴⁹¹

De argumentatie voor deze leer verandert. Voor het Franse recht is die verandering in argumentatie treffend in beeld gebracht door Geny, over artikel 2279 Cc:

'Quelle grande importance y a-t-il, par exemple, quand il s'agit de connaître la portée de la règle: En fait de meubles, la possession vaut titre, à déterminer exactement une conception précise, à laquelle se rattacherait l'art. 2279 C. civ. Franç., ou, suivant la terminologie usuelle, à se prononcer sur le fondement juridique de ce texte. Et, en vérité, qu'entendent signifier, au juste, quand on fait reposer la règle, qu'il exprime, soit sur l'idée d'une prescription (prescription instantanée), soit sur celle d'une acquisition lege, soit encore sur celle d'une présomption légale, plus ou moins intense? Comme si l'intervention d'une théorie préconçue était indispensable pour justifier une règle toute pratique! Et comme si cette règle ne pouvait avoir sa raison d'être propre et indépendante!' ⁴⁹²

Een dergelijke juridische constructie heeft volgens Geny geen enkele praktische waarde: 'Ce qui détermine exclusivement, en fait, l'application et les effets de la règle (...), ce sont les motifs bien connus, tant d'intérêt public que d'équité (basée sur la comparaison des intérêts en présence), qui la justifient rationnellement.' Het is het maatschappelijke

491. *Ontwerp tot herziening van het Burgerlijk Wetboek*, tweede boek, toelichting (1899) op de derde titel: *Van eigendom*, p. 344.

492. Geny, F., (1899, 1954), nr. 72.

doel, en de 'équité,' de rechtvaardigheid, die de belangrijkste grond vormen voor uitleg. Ook in Nederland is deze verandering van argumentatie in de discussie over 2014 duidelijk. Historische argumenten ontleend aan het Franse recht worden minder belangrijk. Rechtsvergelijkende argumenten krijgen een meer prominente positie.

A. DE ONTWIKKELING VAN DE MODERNE LEER: DE LEGITIMATIE-THEORIE

1. *De aanloop tot Scholtens legitimatieleer*

De legitimatieleer van Scholten uit 1905 heeft voorgangers. Het standpunt van Faber (1871) vertoont sterke overeenkomst⁴⁹³, net als de uitleg van Roelvink en Molen-graaff⁴⁹⁴. Het ontwerp 1899 geeft een regel die de verkrijger ook dan eigenaar maakt indien het bezit van een roerende zaak door een niet-eigenaar is overgedragen. In de toelichting wordt gelezen: 'Den eisch te stellen, dat de overdracht door den eigenaar moet geschied zijn, zoude eene te groote belemmering voor het verkeer te weeg brengen.' In dit standpunt is de uitkomst van de NJV-vergadering uit 1890 te herkennen, ook een onbevoegde kan een zakelijk recht verschaffen, de eigendom overdragen⁴⁹⁵. In 1905 introduceert Scholten zijn legitimatieleer, die veel later, bij stukjes en beetjes bovendien, in de jurisprudentie zal worden aanvaard, maar zeer snel in de literatuur met kracht zal worden ondersteund.

2. *De legitimatieleer van Scholten*

'Een zo ver gaande uitlegging is historisch niet te rechtvaardigen en ook praktisch onjuist,' luidt Scholtens oordeel over de Germaansrechtelijke leer. Scholten presenteert een uitvoerige historische uiteenzetting, en maakt daarbij gebruik van Heusler en Huber, voor het Germaanse recht, van Bourjon voor het oude Franse recht⁴⁹⁶. Bij die historische uiteenzetting over het Germaanse recht heeft Scholten zich door Van Bemmelen laten inspireren: Van Bemmelen had immers een afwijkende historische beschouwing gegeven over het Germaanse recht. 'Geen spoor' kon hij ontdekken van een beperking van de revindicatie⁴⁹⁷. Scholten, meer genuanceerd, ziet in het Germaanse recht soms

493. Zie hoofdstuk 4 § 3.A.6.

494. Zie hoofdstuk 5 § 3.B.

495. Zie hoofdstuk 5 § 3.B; Art. 105 Ontwerp 1899. Eigendom van roerende zaken wordt verkregen door overdracht van het bezit, indien de vervreemder den wil heeft den verkrijger tot eigenaar te maken en deze den wil om eigenaar te worden, ook al is den vervreemder geen eigenaar. Artikel 32 voegt toe een vermoeden van eigendom voor de bezitter. Indien de zaak is verloren of gestolen, heeft de vroegere eigenaar het recht tot terugvordering (artikel 42).

496. Scholten, P., *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht*, deel 2 (4e druk, 1905), p. 61-68, met name p. 66; Huber, E., *Die Bedeutung der Gewere im Deutschen Sachenrecht* (1894), en Heusler, A., *Institutionen des Deutschen Privatrechts*, deel 2 (1886).

497. Zie hoofdstuk 5 § 3.B.

een onderscheid tussen bezit en eigendom. Zo heeft Scholten ook een historische onderbouwing in het Germaanse recht:

'Historisch is de beteekenis van den regel van art. 2014 dus deze: het bezit legitimeert den bezitter als eigenaar; wie door zijn bezit eigenaar schijnt te zijn, wordt voor eigenaar gehouden, en ieder die daarop voortbouwt is veilig. De wet geeft echter aan dit beginsel een te ruime uitdrukking door te verklaren, *dat bezit volkomen titel is*. Daardoor wordt ook hij, die de zaak verkreeg van iemand, dien hij wist dat geen eigenaar was, beschermd. M.a.w. er bestaat geen verschil tusschen bezit te goeder trouw en te kwader trouw.' ⁴⁹⁸

Met het idee van de legitimatie door bezit bouwt Scholten voort op de ideeën van Molengraaff die voor het handelsrecht een gelijke uitleg had voorgestaan: eigendoms-overdracht (waarvoor levering en een titel gelden als vereiste (artikel 639)) door een beschikkingsonbevoegde was mogelijk want (Molengraaff) 'de bloote houder kan feitelijk over de zaak beschikken, al mag hij het rechtens niet doen; het houden legitimeert hem tegenover derden tot beschikking over de zaak.' ⁴⁹⁹ Scholten lijkt artikel 2014 lid 1 als een manier van eigendomsverkrijging te beschouwen ⁵⁰⁰. Zo ver als de Germaansrechtelijke uitleg gaat Scholtens interpretatie echter niet. De verkrijger wordt niet beschermd als een geldige titel ontbreekt: 'wel [is] elke revindicatie uitgesloten tegen een ieder die, die het goed krachtens levering verkregen heeft hetzij van den eigenaar, hetzij van den niet-eigenaar, tegen ieder dus die den schijn van het recht voor het recht zelf aanzag, maar dan blijft toch de mogelijkheid van een revindicatie (...) van den vervreemder bij een nietige overdracht zoolang het goed nog onder den verkrijger berust (...).' ⁵⁰¹

Over de goede trouw bestaat ook verschil van opvatting. Scholten verwijst naar Laurent en Dalloz. Laurent: 'Le possesseur doit être de bonne foi. Cette condition résulte encore de l'essence de la maxime. La loi veut favoriser les transactions mobilières qui sont l'âme du commerce; or la bonne foi est aussi un caractère essentiel des opérations commerciales; et le législateur n'a certes pas voulu donner son appui à la mauvaise foi.' ⁵⁰² Ook andere Franse auteurs hadden dit vereiste reeds gesteld, zoals Merlin ⁵⁰³. Molengraaff stelt de goede trouw als vereiste en vermeldt dat Franse en Belgische wetenschap en rechtspraak eenstemmig waren in het aannemen van de goede

498. Scholten, P., (1905), p. 65.

499. Molengraaff, W.L.P.A., (1899), p. 126-129, als aangehaald door Salomons, A.F., (1990), p. 81.

500. Van Oven, J.C., Art. 2014 B.W. en de bezitsbescherming van roerend goed, *WPNR* 2016-2019 (1908); zo ook Salomons, A.F., (1990), p. 113 ev.

501. Scholten, P., (1905), p. 66. Scholten heeft voorts twee systematische argumenten *tegen* de Germaansrechtelijke opvatting. In de eerste plaats zouden de bepalingen over eigendomsverkrijging van roerende zaken bij dat standpunt geen enkele functie hebben; in de tweede plaats zijn de beide leden van 2014 minder goed met elkaar in overeenstemming te brengen.

502. Laurent, F., deel 4, (1878), nr. 713.

503. Zie hoofdstuk 4 § 3.A.2, Merlin, M., deel 29 (5e druk, 1828), p. 411.

trouw⁵⁰⁴. Scholten neemt het niet aan. Hij baseert zich op de wettekst, maar: 'Jure constituendo is zeker anders te oordeelen.' Een aan het legisme herinnerende argumentatie die bij Scholten niet lang standhoudt. In 1913 accepteert hij het vereiste in navolging van Van Oven. Van Oven had, om te spreken met de woorden van Wiarda, een 'beslissend aandeel in de vestiging van de leer, dat 'bezit' in art. 2014, lid 1 B.W. is 'bezit te goeder trouw.'⁵⁰⁵ Van Oven:

'Ja, die goede trouw, daarover moeten wij nog eens een woordje spreken; dat is nog een moeilijk punt bij de nieuwe leer, voor ons geldend recht althans. Scholten durft het niet aan, voor onze wet goede trouw als vereiste voor eigendomsverkrijging krachtens 2014 te stellen. Hij wil er wel van weten dat ze er bij hoort maar acht het een te stoute interpretatie, haar daar te vereisen, waar de wet er niet met zoveel woorden over spreekt.

Ik zou echter meenen dat degeen die de moderne leer voor onze wet aanvaardt, ook gerust de goede trouw mee in den koop kan nemen, ja, dat hij dat eigenlijk *moet* doen. Werd de regel van 2014 niet ingevoerd voor de zekerheid van het verkeer? Was het niet de bedoeling, den koper of anderen verkrijger van roerend goed het onderzoek te besparen, of het goed soms eenmaal op verkeerde wijze van de eene hand in de andere was gekomen? Welnu wanneer men dan maar in het oog houdt dat een wetsbepaling niet zoo geïnterpreteerd mag worden dat zij aan haar doel voorbij streeft, dan zal men tot de slotsom moeten komen, dat art. 2014 hem géén eigenaar maakt, voor wien dat onderzoek niet noodig zou zijn, omdat hij wist dat er iets met de zaak niet *pluis* was, m.a.w. men zal goede trouw eisen.'⁵⁰⁶

De zekerheid in het verkeer is het dwingend argument. 'Ik erken gedwaald te hebben..' schrijft Scholten in 1912. Vanaf dat moment stelt ook hij voor een geslaagd beroep op artikel 2014 de goede trouw⁵⁰⁷: 'Wij meenden, in tegenstelling tot de Fransche jurisprudentie en doctrine (Planiol I, nr. 2479, Tissier bij Baudry deel 28, nr. 871 vlg., Hof van Cassatie 1 febr. 1893, Dalloz 1894, I, 278) die in het algemeen goede trouw verlangt, dezen eisch niet te mogen stellen, omdat zij nergens in het Burgerlijk Wetboek steun vindt.'⁵⁰⁸ Waarom deze ommezwaai? Het is het doel van de bepaling waaraan getoetst moet worden: artikel 2014 beoogt de zekerheid in het verkeer. Voorkomen moet worden dat een verkrijger van een roerende zaak altijd zal moeten onderzoeken of hij het goed wellicht van een niet-eigenaar heeft verkregen. Indien de verkrijger dat al weet (of had behoren te weten) dan zou een dergelijk onderzoek toch niet nodig geweest zijn⁵⁰⁹.

504. Molengraaff, W.L.P.A., bespreking van: Thiel, J.H., *De goede trouw van derden en hare bescherming tegenover de handelingen van partijen* (1903), in: *Rechtsgeleerd magazijn* (1905), p. 604-605. Thiel (p. 244) verklaart dat de Nederlandse wet de eigendom van roerend goed heeft geregeld 'zonder daarbij aan de goede trouw van den vermeenden eigenaar ook maar het geringste gevolg te verbinden.'

505. Wiarda, J., J.C. Van Oven's beslissend aandeel in de vestiging van de leer, dat 'bezit' in art. 2014, lid 1 B.W. is 'bezit te goeder trouw', *WPNR* 4548 (1958).

506. Van Oven, J.C., (1908), p. 434. Zie ook Salomons, A.F., (1990), p. 102.

507. Scholten, P., (5e druk, 1913), p. 77.

508. Scholten, P., (5e druk, 1913), p. 77. Kort daarvoor reeds in een noot onder Hof Den Haag 19 december 1912, *W.* 9323, *WPNR* 2203 (1912).

509. Van Oven, J.C., (1908), p. 434.

Van Oven meent ook dat Scholtens uitleg de meest gewenste uitleg is omdat ze in § 932 BGB als de heersende leer is verwoord.

(1) Durch eine nach § 929 erfolgte Veräußerung wird der Erwerber auch dann Eigenthümer, wenn der Sache nicht dem Veräußerer gehört, es sei denn, daß er zu der Zeit, zu der er nach diesen Vorschriften das Eigenthum erwerben würde, nicht in gutem Glauben ist. In dem Falle des § 929 Satz 2 gilt dies jedoch nur dann, wenn der Erwerber den Besitz von dem Veräußerer erlangt hatte. (2) Der Erwerber ist nicht in gutem Glauben, wenn ihm bekannt oder in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehört.

De bepaling beschermt tegen beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder, indien het bezit is verkregen. De reden is dat de verkrijger 'keinen Schaden davon haben [soll], daß er den Besitzer für den Eigentümer gehalten hat.'⁵¹⁰ Deze bescherming lijdt in § 935 BGB echter uitzondering wanneer het bezit van de zaak de eigenaar door diefstal, verlies, 'oder sonst abhanden gekommen war.'⁵¹¹ Scholtens legitimatieleer vertoont veel overeenkomst met het Duitse stelsel. Belangrijk verschil is dat de uitleg van Scholten alleen beschermt tegen beschikkingsonbevoegdheid, terwijl de derde-verkrijger in het Duitse recht eveneens bescherming verkrijgt wanneer de onderliggende *titel* mankeert. Die titel is voor eigendomsovergang in het Duitse recht niet noodzakelijk, zo volgt uit het in § 929 gelezen abstracte stelsel van eigendomsoverdracht⁵¹². Aan Scholtens leer zijn twee aspecten verbonden, die hij ontleent aan Saleilles: de processuele functie van 2014 (de bezitter wordt 'voor eigenaar gehouden' met andere worden, kan volstaan met het bewijs van zijn bezit); en de materiële functie van 2014 (wie op de legitimatie van het bezit afgaat is (mits te goeder trouw) veilig, wordt eigenaar). Saleilles: 'Il a ramassé en une seule règle la question de fond et la question de forme. L'une a pour objet le fait de l'acquisition du droit sur le fondement et du chef de bonne foi: c'est la question même du transfert. L'autre a trait aux questions de

510. *Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts* (1910), § 932, p. 894, onder 1.

511. § 935. Der Erwerb des Eigentums auf Grund der §§ 932 bis 934 tritt nicht ein, wenn die Sache den Eigentümer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen war. (...). Toelichting: 'Unter Abwägung der Schutzbedürfnisse einerseits des Eigentümers, anderseits des gutgläubigen Erwerbers schränkt das Gesetz den Schutz des letzteren auf die Fälle ein, in denen der Eigentümer selbst die Sache abhanden gegeben und so die Gelegenheit zur Veräußerung durch einen dritten geschaffen, die Täuschung des gutgläubigen Erwerbers über das Recht des Veräußerers mit verursacht hat. Sind die Sachen dem Eigentümer ohne seinen Willen "abhanden gekommen" so soll er durch den gutgläubigen Erwerb nicht gefährdet sein.' *Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts* (1910), § 935, p. 895, aantekening 1.

512. § 929. Zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, daß der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, daß das Eigentum übergehen soll (...). Zie ook Zwolve, W.J., (1993), p. 205 ev. en p. 109-110, die ten onrechte aanneemt (p. 207) dat de goede trouw niet als vereiste voor de eigendomsoverdracht wordt gesteld. § 932 leert anders.

preuve, c'est-à-dire à la présomption de titre'.⁵¹³ Het vereiste van een bezwarende titel wordt later door Scholten toegevoegd, onder verwijzing naar de Engelse Sale of Goods Act uit 1893.⁵¹⁴ Van Oven onderschrijft met kracht deze door Scholten gepropageerde 'moderne leer.' Ondersteuning voor deze nieuwe leer wordt ook geboden door Goudekot, in zijn bewerking van Opzoomers commentaar⁵¹⁵.

B. DE HEERSENDE LEER EN DE VERANDERDE ONDERBOUWING

Scholten erkent: de leer van Diephuis, later uitgedragen door Meijers, Hofmann en anderen, is de heersende leer. Ook Levy hangt de heersende leer aan, met het vereiste van de goede trouw. Hij geeft een interpretatie van artikel 2014 die lijkt op de uitleg van Opzoomer ('afweren van de revindicatie'). De belangrijkste reden die hij daarvoor aandraagt is gelegen in het doel van de bepaling (een goed lopend economisch verkeer)⁵¹⁶. Zijn onderbouwing is fundamenteel anders dan die van Opzoomer. Want waar Opzoomer tekst en systematiek bovenaan stelde, zijn voor Levy de eisen van het economische verkeer het belangrijkste. Hij verwerpt de opvattingen van Toullier en Marcadé. Veel heeft Levy ontleend aan de Duitse en de Zwitserse codificatie. Ook die Zwitserse codificatie stelt de goede trouw als vereiste. Tevens wordt de eigendom toegekend.

Art. 714. 1. Zur Übertragung des Fahrniseigentums bedarf es des Überganges des Besitzes auf den Erwerber.

2. Wer in gutem Glauben eine bewegliche Sache zu Eigentum übertragen erhält, wird, auch wenn der Veräußerer zur Eigentumsübertragung nicht befugt ist, deren Eigentümer, sobald er nach den Besitzregeln im Besitze der Sache geschützt ist.

Daarnaast parafraseert Levy Gierke, die spreekt over 'de legitimatie door het bezit'. Tussen de heersende uitleg (Levy) en de nieuwe uitleg bestaat een punt van verschil: Scholtens uitleg beschermt alleen bij overdracht door een beschikkingsonbevoegde. De bescherming van de heersende leer is omvangrijker. Ook wanneer de titel mankeert wordt de bezitter te goeder trouw beschermd⁵¹⁷.

513. Scholten, P., (7e druk, 1933), p. 97. Zie ook, eerder: Scholten, P., *Bezit en bewijs bij revindicatie*, WPNR 2897-2900 (1925), p. 498; Saleilles, R., *De la possession des meubles* (1907), p. 75. Een onderscheid overigens dat in het ontwerp boek 2 BW van de commissie Meerbeke erkend zou worden (zie boven), en in het nieuwe BW niet in artikel 3: 86 zou worden opgenomen; de procesuele functie is thans afzonderlijk te vinden in artikel 3: 119 lid 1: De bezitter van een goed wordt vermoed recht-hebbende te zijn.

514. Scholten, P. (7e druk, 1933), p. 98-99. Het 'om baat' vereiste is door de Hoge Raad pas in 1994 aanvaard. Zie daarover Salomons, A.F., *De late aanvaarding van het om-baatvereiste bij art. 2014 oud-BW*. HR 2-12-1994, RvdW 1994, 264, WPNR 6174 (1995), p. 212-214.

515. Zie Goudekot, J. *Het burgerlijk wetboek verklaard door Mr. C.W. Opzoomer* deel 3 (1911), p. 442.

516. Levy, J.A., *Het burgerlijk wetboek verklaard door Mr. C.W. Opzoomer*, deel 16 (1911), p. 243-246. Zie hoofdstuk 4 § 3.A.2.

517. Levy, J.A., (1911), p. 338-339.

Het verkeersbelang, de belangrijkste reden voor deze of gene argumentatie, wordt ook in de rechtspraak gehoord. Zo bijvoorbeeld het Hof 's-Gravenhage van 12 januari 1912, besproken door Scholten die zich met de uitkomst kan verenigen: 'dat (...) uit verkeersbelang tegenover den vroegeren eigenaar rechtsbescherming is verleend geworden aan hem die te goeder trouw eene roerende zaak had verkregen; O. dat die rechtsopvatting van de bezitsbescherming van roerend goed recht geeft slechts dan een volkomen titel voor roerend goed tegenover den vroegeren eigenaar aan te nemen als de bezitter zich kan beroepen op goede trouw;' ⁵¹⁸ Een deel van Scholtens leer, de processuele functie van 2014, wordt in 1922 door de Hoge Raad aanvaard met een beroep op de eisen van het verkeer: namelijk dat 'geheel overeenkomstig de algemeene woorden der wet, die geen beperking toelaten, de nuttige, door het verkeer geëischte wijde strekking van den regel deze is: dat de bezitter van roerend goed tegenover elk en een iegelijk als eigenaar wordt beschouwd, zoolang een ander niet een beter recht bewijst.' ⁵¹⁹

C. IN HET NIEUWE BURGERLIJK WETBOEK

Ondanks flinke tegenstand in de literatuur (en rechtspraak, zie hoofdstuk 7) wordt de legitimatieleer in de Nederlandse wetgeving verwoord. Meijers neemt Scholtens interpretatie over. De rechtspraak is niet consistent. Meijers doel bij de uitleg van 2014 is een duidelijke lijn in de uitspraken te krijgen. Slechts twee constanten kan hij in de uitspraken onderscheiden: de woorden 'geldt als volkomen titel' worden opgevat als 'geeft eigendom' ⁵²⁰, en bezit betekent bezit als eigenaar ⁵²¹. Vanaf 1950 wordt Scholtens leer door de Hoge Raad voor het grootste deel aanvaard ⁵²². Gezien het belang dat Meijers bovenal hechtte aan een duidelijke rechtspraak betekende dit een bijzondere ondersteuning voor de in zijn ontwerp verwoordde legitimatieleer. In afdeling 3.4.2 luidt artikel 3, voor zover voor ons van belang, als volgt:

1. De onbevoegdheid van de vervreemder kan ook aan derden-verkrijgers worden tegengeworpen, tenzij het tweede of het derde lid van toepassing is.
3. Is een roerende zaak, die geen registergoed is, of een recht aan toonder vervreemd, dan is ondanks de onbevoegdheid van de vervreemder een overdracht geldig, wanneer de verkrijger te goeder trouw is en om baat krachtens geldige titel verkrijgt.

Meijers' toelichting: 'Het derde lid van het artikel formuleert hetgeen de jongste rechtspraak in artikel 2014 lid 1 meent te moeten lezen. De regel wenst voor roerende zaken en rechten aan toonder geen verdere inbreuk op de wijzen van eigendomsverkrijging te

518. Scholten, P., Art. 2014 B.W. - Beteekenis van het daarin genoemde "bezit". *WPNR* 2203 (1912), p. 134-135.

519. HR 3 februari 1922, NJ 1922, p. 388.

520. Ondanks een afwijkende uitspraak in 1895, HR 14 januari 1895, *Weekblad van het Recht* 6616.

521. Meijers, E.M., De rechtspraak van den Hoogen Raad omtrent "bezit geldt als volkomen titel", in: *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen II*, p. 146-147.

522. Zie hoofdstuk 2 § 3.

maken, dan dat degene, die van een onbevoegde vervreemder geleverd krijgt, beschermd wordt.' Meijers verwijst kort naar Saleilles, naar Scholten en naar de Engelse Sale of Goods Act 1893⁵²³.

D. CONCLUSIES ARTIKEL 2014

De legitimatieleer van Scholten komt sterk opzetten. In de argumentatie is verschil te ontdekken: terwijl de Germaansrechtelijke uitleg meer gebruik maakt van vooral grammaticale, systematische en historische argumenten, moet de legitimatieleer het voor alles hebben van het met de regeling gediende doel. Een aantal zaken zijn belangrijk voor de toenemende acceptatie van Scholtens leer. In de jurisprudentie was geen duidelijke lijn te ontdekken; tekst en geschiedenis van 2014 hadden tot vele discussies geleid, maar niet tot enige consensus. Onder deze omstandigheden is veel plaats voor het teleologisch argument, met name voor Scholtens leer, maar ook voor de heersende. De Duitse wetgeving wordt gebruikt voor de interpretatie van 2014. De eigendom kan ook door een beschikkingsonbevoegde worden verschaft. De goede trouw wordt niet door de tekst van 2014 vereist, maar wel in de Franse en Belgische doctrine en in de Duitse wetgeving. Daarbij sluit de Nederlandse doctrine zich aan. Het onderscheid dat Scholten maakt tussen de procesrechtelijke en de materieelrechtelijke functie, ontleent hij aan Saleilles; het vereiste van de bezwarende titel vindt hij in Engelse wetgeving uitgedrukt.

§ 4. Publiek domein, een privaatrechtelijke benadering

A. DE EERSTE OMSLAG NAAR EEN UNIFORM PRIVAATRECHTELIJKE BENADERING

De twijfel waarvan Opzoomer en Diephuis blijk gaven slaat door naar een geheel op het privaatrechtelijk eigendomsbegrip gebaseerde benadering van publiek domein. Sprake is van een omslag: Von Reeken publiceert in 1893 een artikel waarmee die omslag zeer scherp wordt aangeduid. Hij bouwt voort op eerdere kritiek op 'domaine public'. Met name Diephuis biedt hem aanknopingspunten voor zijn op het privaatrecht geschoeide overheidseigendom⁵²⁴. Voorts is in het administratiefrecht in de jaren tachtig van de negentiende eeuw een strijd ontstaan tussen voor- en tegenstanders van 'domaine public'. De redactie van *De Gemeentestem* kiest eerst stellig partij voor Thorbecke's leer, maar kiest later (1882) voor een privaatrechtelijke benadering. Waarom meende de redactie om te moeten gaan?

In de artikelen 230 en 231 Gemeentewet wordt gesproken van 'aan de gemeente behorende', voor openbare dienst bestemde zaken. In het vorige hoofdstuk is verklaard dat

523. Meijers, E.M., *Ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek* (1954), Tekst, p. 124 en Toelichting, p. 215. Ook in Frankrijk worden de processuele en de materieelrechtelijke functie onderscheiden. Marty, G., et P. Raynaud, *Droit civil, les biens* (1980), p. 491.

524. Hoofdstuk 5 § 4.D.2.

de artikelen 229 en 230 door Thorbecke waren bedoeld om zijn onderscheid tussen *domaine public* en *domaine privé* uit te drukken. Ook administratiefrechtelijke auteurs stonden deze mening voor, waaronder Van Oosterwijk. De redactie van de Gemeentestem over Van Oosterwijks standpunt: '(...) de door Mr. v. O. verdedigde uitlegging van art.230 rust op de stelling dat publiekrechtelijk goed geen voorwerp kan zijn van *privaat eigendom*.'⁵²⁵ Daarmee was de redactie het niet (meer) eens: nergens is immers bepaald dat zaken die bestemd zijn voor de openbare dienst geen voorwerp van eigendom kunnen zijn, stelt de redactie, waarbij zij verwijst naar Diephuis; tevens is het criterium 'openbare bestemming' onvoldoende om een zaak als buiten de handel te bestempelen; in de derde plaats zegt de Gemeentewet niets over een dergelijk onderscheid in het Burgerlijk Wetboek. Het *privaatrechtelijke* standpunt wordt aldus grotendeels gebaseerd op de argumenten die Diephuis had geleverd⁵²⁶. Daarnaast wordt gesteld dat het onderscheid in Frankrijk tussen *domaine public* en *domaine privé* niet zó stellig wordt gemaakt⁵²⁷.

B. VON REEKEN EN ONMIDDELLIJKE NAVOLGING

1. Von Reekens omslag

Von Reekens mening in vogelvlucht: in het Nederlandse recht bestaat niet zoiets als *domaine public*, in tegenstelling tot het Franse recht; zaken met een openbare bestemming zijn niet als buiten de handel aan te merken; ten slotte is de staat gewoon *privaatrechtelijk* eigenaar van de in artikel 577 BW genoemde zaken, terwijl hetzelfde geldt voor de gemeente met betrekking tot de zaken, genoemd in artikel 230 Gemeentewet⁵²⁸. Von Reekens argumenten voor deze stellige standpunten zijn deels ontleend aan een vergelijkende weergave van het Franse recht.

Voor acceptatie van *domaine public* in het Franse recht, zo laat Von Reeken zien aan de hand van de Code civil, Proudhon, het *Répertoire* van Dalloz, Maleville en Laferrière, zijn goede argumenten aan te voeren. Voor het Nederlandse recht gaat de Franse argumentatie echter niet op: tekst en geschiedenis van de Nederlandse wetsbepalingen laten een dergelijke uitleg niet toe. Von Reekens onderbouwing is verder volledig op het Nederlandse recht gebaseerd. In de Nederlandse wet wordt een onderscheid tussen *privaatrechtelijke*- en *publiekrechtelijke* eigendom niet gemaakt. Maar, zo vraagt Von Reeken, zou het onderscheid misschien gemaakt behoren te worden? Een vraag die Opzoomer nog bevestigend beantwoordde⁵²⁹. Nee, luidt Von Reekens antwoord, want

525. Art. 230 der gemeentewet, *De Gemeentestem* 1597, 1598 en 1602 (1882).

526. Zie hoofdstuk 5 § 4.D.2.

527. HR 25 oktober 1870, W. 3262, *De Gemeentestem* 1598, p. 1. Arresten van 3 mei 1875 en 24 april 1868, genoemd in *De Gemeentestem* 1242.

528. Von Reeken, G.C., *Uitoefening van private rechten op zaken met eene publieke bestemming*, *Themis* 1893, p. 64.

529. Zie hoofdstuk 5 § 4.D.2.

door te spreken over 'publiekrechtelijke eigendom' wordt het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht veronachtzaamd⁵³⁰. Von Reeken verwijst naar Diephuis en de redactie van *De Gemeentestem*. Voorts is 'openbare bestemming' onvoldoende om een zaak als buiten de handel aan te merken: 'Er kunnen redenen bestaan om sommige zaken hieraan te onttrekken, maar daardoor zijn zij er nog niet aan onttrokken; het is weder de Wet alleen, welke ze daaraan onttrokken kan doen zijn.(...) Tot die onttrekking is eene bepaling der wet noodig, slechts waar en voorzover ten aanzien van eenige zaak zoodanige onttrekking heeft plaats gehad, is die zaak buiten den handel.'⁵³¹ De argumenten van Von Reeken zijn in hoofdzaak grammaticaal en systematisch: artikel 230 Gemeentewet zou overbodig zijn, en de laatste zinsnede van artikel 577 heeft betrekking op *alle* in dat artikel genoemde zaken, en geeft aan dat eigendom van de genoemde zaken mogelijk is⁵³².

Toch is ook in Von Reekens theorie plaats voor uitoefening van publieke dienst, en voor beperking van het eigendomsrecht: niemand kan 'eenig recht, strijdende met bedoelde bestemming, op deze zaken uitoefenen. (...) Bedoelde zaken zijn, voorzover zij voor het publiek gebruik bestemd zijn, onttrokken aan het privaatrecht, aan het verkeer, en zijn dus gedeeltelijk buiten den handel'. Von Reeken maakt hier een stap die Diephuis nimmer had kunnen maken: door deze niet aan tekst of systeem van de wet ontleende constructie te gebruiken kan de staat zijn eigendomsrecht van de in 577 BW genoemde zaken zelf houden, of aan anderen toestaan, onder de voorwaarde dat de publieke bestemming niet wordt belemmerd. Von Reeken noemt dit het 'gedeeltelijk buiten den handel zijn,' en daarvoor ziet Von Reeken ondersteuning bij Land, Diephuis, en de reeds door Diephuis vermeldde Wappäus. De laatste spreekt over 'den partiell dem Verkehr entzogenen Sachen.'⁵³³

2. Onmiddellijke ondersteuning

'Von Reeken toont ons inziens overtuigend aan, dat ons recht niet kent het onderscheid tussen 'domaine public' en 'domaine privé, de onderscheiding gemaakt in den Code Civil', aldus twee jaar later Schepel in zijn dissertatie⁵³⁴. Von Reekens mening wordt

530. Von Reeken, C.G., (1893), p. 7-13. Een argument dat vaker herhaald zal worden, en hierop neerkomt dat het Burgerlijk Wetboek slechts privaatrecht bevat: publiek- en privaatrecht als twee (ook formeel) gescheiden rechtssferen. Zie Van Maanen, G.E., *De wonderbaarlijke geschiedenis van de onrechtmatige overheidsdaad in de 19e en 20e eeuw* (1996), § 8.5, p. 69-70.

531. Von Reeken, C.G., (1893), p. 16-17.

532. Von Reeken, C.G., (1893), p. 18-20.

533. Von Reeken, C.G., (1893), p. 21. Daarbij gebruikt Von Reeken ook het artikel uit 1876 van de niet met name genoemde Diephuis. Dat artikel wordt door Van Geleijn Vitringa en Schepel gebruikt, en in het algemeen vaker aangehaald dan Diephuis' commentaar. Wappäus, H., *Zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen nach römischem und heutigem Recht* (Göttingen, 1867), p. 73. Zie hoofdstuk 5 § 4.D.2. De rechtspraak biedt Von Reeken een aantal uitspraken die van een uniform privaatrechtelijke benadering uitgingen. Von Reeken, C.G., (1893), p. 23-25.

534. Schepel, C.J.H., *Wegenrecht in Nederland* (1895), p. 60.

eveneens onderschreven in een aantal kort nadien verschenen artikelen van De Hartog en Van Geleïn Vitringa. In 1903 verklaart Van Geleïn Vitringa:

'Dat naar Nederlandsch recht ook de zaken, die deel uitmaken van het publiek domein, vatbaar zijn voor eigendom, kan thans moeilijk meer eene stelling heeten. Werd vroeger door zeer velen onder den invloed van Fransche rechtsbeschouwingen de leer voorgestaan, dat evenals het Fransche recht ook het Nederlandsche eigendom van zulke zaken niet toeliet, thans mag dat standpunt wel als overwonnen worden beschouwd. "Wetenschap en rechtspraak hebben deze - men kan zeggen Fransche - opvatting den rug toegekeerd".'⁵³⁵

De Hartog⁵³⁶, Van Geleïn Vitringa en Schepel gebruiken, naast de argumenten van Von Reeken, rechtshistorische en rechtsvergelijkende argumenten. Ten tijde van de heersende publiekrechtelijke leer was de argumentatie in hoofdzaak gebaseerd op de recente wetsgeschiedenis (de herkomst van de bepalingen uit de Franse Code civil), en de rechtsvergelijking met Frankrijk, Duitsland en Oostenrijk. De rechtshistorische argumenten gaan terug tot De Groot en Van Leeuwen. Beide schrijvers spreken over 'eigendom' of 'proprietas.' Dat betekent privaatrechtelijke eigendom. Een publiekrechtelijke eigendom mag daarom niet zomaar worden aangenomen: 'En zoo zouden dus wel afdoende argumenten noodig zijn om aan te nemen, dat ons Burg. Wetb. een leer heeft aangenomen, die met de oude gewoonten in zoo vierkanten strijd blijkt te zijn'⁵³⁷. De Hartog baseert zich ook op Duits rechtshistorisch onderzoek van Heusler. Deze grondvest de eigendom van zaken met een openbare bestemming in de 'Regalität', maar het blijft desondanks privaatrechtelijke eigendom: 'Die Flüsse und die Strassen sind schliesslich in immer fortschreitenden Steigerung der Realität geradezu als Eigenthum des Königs bez. des Staats erklärt worden, sodass das Real selbst sich als Eigenthumsrecht äussert, und daher auch in den Gesetzgebungen neuerer Zeit, z.B. in dem Preuss. Landr. unbedenklich gesagt ist, die Flüsse seien Eigenthum des Staates'⁵³⁸. Schepel voert recentere historische argumenten aan. Bij de totstandkoming van het BW is bij de redactie van artikel 577 afgeweken van 538 Cc. De zinsnede 'et généralement toutes les portions du territoire, qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée' is in het Nederlandse artikel niet teruggekeerd en juist hierdoor is uitgedrukt dat privaatrechtelijke eigendom van publiek domein mogelijk is⁵³⁹. In tegenstelling tot het Franse recht, kent 'ons Burgerlijk Wetboek geen publiek domein van den Staat meer (...) [en

535. Van Geleïn Vitringa, J., Onteigening van publiek domein, *Themis* 1903, p. 3.

536. De Hartog, L., Nog iets over den Eigendom van de Res publicae, *Themis* 1894, p. 394.

537. De Hartog, L., (1894), p. 397. Dergelijk slechts op de enkele tekst gebaseerd historisch onderzoek is met name door Hardenberg sterk bekritiseerd. Zie hoofdstuk 3 § 4.C.1; zie ook de dissertatie van Teunissen, J.H.F.M., *Het Burgerlijk kleeft van de Staat* (1996), met name hoofdstuk 3.

538. De Hartog, L., (1894), p. 398. Een ander argument van De Hartog (p. 400), dat Van Geleïn Vitringa ook gebruikt (zie § 4.C.4) is het volgende: '...de tot het publiek domein behorende zaken eerst den menschen voorkomen in het karakter van res communes, tot dat zich een publieke persoonlijkheid heeft ontwikkeld in voldoende mate om aan dezen den eigendom ervan toe te kennen (...)'; Van Geleïn Vitringa: 'naar men gerust mag vertrouwen' zal de Staat de publieke bestemming respecteren.

539. Schepel, C.J.H., (1895), p. 62.

kan] er van publiek domein der provincie of der gemeente evenmin sprake (..) zijn'⁵⁴⁰. De eigendom zal ook bij een zaak behorend tot het publiek domein altijd aanwezig zijn, concludeert Schepel. Hij citeert Windscheid: de eigendom 'tritt hervor, sobald die öffentliche Bestimmung der Sache wegfällt', maar óók: 'während ihrer Dauer, soweit sie nicht entgegensteht.'⁵⁴¹

Vergeleken wordt bovendien met het eigentijdse Franse, Belgische, Duitse en Oostenrijkse recht. De Hartog vindt ondersteuning voor de privaatrechtelijke benadering bij de Franse schrijvers Barckhausen en Hauriou. Beiden hebben kritiek op 'domaine public'. Hauriou zou, in navolging van Barckhausen voor een uniform privaatrechtelijk eigendomsbegrip hebben gepleit. Van Geleïn Vitringa plaatst hierbij kanttekeningen. Naar mijn mening terecht. Hij wijst op Hauriou's 'droit de propriété publique' waarmee een tegenstelling met het gewone eigendomsrecht is bedoeld. In Frankrijk en Duitsland worden meer vormen van domaine public onderscheiden: 'domaine public' (er is in het geheel geen eigendom mogelijk op zaken met een openbare bestemming, Proudhon), 'propriété publique' (waarbij wel sprake is van een eigendomsrecht, maar dit wordt geheel ondergeschikt geacht aan, en ingevuld door publiekrecht, Hauriou). Hauriou over 'propriété publique': 'qui doit être rattachée à la puissance publique et qui est caractérisée dans ses effets par la destination d'utilité publique de la chose'⁵⁴². Van Geleïn Vitringa ondersteunt de privaatrechtelijke benadering van Von Reeken en De Hartog. Daarbij besteedt hij aandacht aan Frans en Duits recht, met name aan de Franse juristen Berthélémy, Barckhausen en Hauriou, en de Duitse jurist Otto Mayer. Voorstanders van publiekrechtelijke eigendom in Nederland ontleenden veel aan het Franse recht. Aan de bestrijding van deze standpunten uit Frankrijk en Duitsland moest daarom wel aandacht worden besteed.

C. TWEE FRANSE SCHRIJVERS, EEN DUITSE, EN VAN GELEIN VITRINGA'S KRITIEK

1. Berthélémy

Berthélémy verwoordt de heersende Franse mening. Publiek domein is niet vatbaar voor eigendom, omdat eigendom het recht is '...de jouir et de disposer d'une chose de la manière la plus absolue.' En daarvan kan bij publiek domein geen sprake zijn. Tevens: 'Il ne paraît pas possible d'appeller propriété un droit qui ne procure ni l'usus, ni le fructus, ni l'abusus.'⁵⁴³ De karakteristieken van domaine public zijn: onvervreemdbaarheid (inaliénabilité), onvatbaarheid voor verjaring (imprescriptibilité) en beslag (insais-

540. Schepel, C.J.H., (1895), p. 63.

541. Schepel, C.J.H., (1895), p. 73. Windscheid, B., *Lehrbuch des Pandectenrechts* deel 1, 6e druk, p. 472; verder hoofdstuk 7 § 4.B.

542. De Hartog, L. (1893), p. 399, en Van Geleïn Vitringa, J., (1903), p. 5-6.

543. Berthélémy, H., *Traité élémentaire de droit administratif* (11e druk, 1926), p. 483-484.

sabilité), de onmogelijkheid van onteigening, geen vestiging van zakelijke rechten en de afwezigheid van bezitsacties.

2. Barckhausen en Hauriou

Onomstreden is de heersende publiekrechtelijke mening niet meer. Aan de fundamenteën in de Code civil wordt getornd. Barckhausen, hoogleraar in Bordeaux, neemt daarin het voortouw. Een van de argumenten om in het Franse recht *domaine public* als aparte rechtsfiguur te onderscheiden, was een onderscheid in de Code civil. Daarmee maakt Barckhausen korte metten. De woorden '*domaine public*' in de artikelen 538 en 540 Cc zijn door de Franse wetgever niet bedoeld in de bijzondere betekenis die de voorstanders van de theorie van *domaine public* er aan plegen te geven: (...) *les législateurs français n'ont pas attribué à l'expression de domaine public le sens spécial, précis et rigoureux, que les juristes modernes lui donnent.*'⁵⁴⁴ Hauriou onderschrijft deze stellingname van Barckhausen. Maar betekent dat ook dat hij geen onderscheid maakt tussen publiek en privaat domein? Nee.

Hauriou: '*Les dépendances du domaine public sont des propriétés administratives affectées formellement à l'utilité publique (...) et qui, par suite de cette affectation, sont inaliénables, imprescriptibles et protégées par les règles pénales de la voirie.*' Hauriou spreekt over *propriété*, eigendom van de overheid (door De Hartog gelezen als privaatrechtelijke eigendom), maar Hauriou vult dit begrip '*propriété administrative*' in op een wijze die het tot een publiekrechtelijk concept maakt. Hauriou ziet wel degelijk een verschil met de opvatting van Proudhon. Deze, en zijn navolgers hadden de opvatting dat de zaken die tot het publiek domein behoren niet vatbaar konden zijn voor privaatrechtelijke eigendom ('*Ce domaine (...) ne peut être la propriété de personne*')⁵⁴⁵, deze zaken waren '*res nullius*', '*laissées à la garde et surintendance de l'Etat*'⁵⁴⁶. Deze opvatting wordt door Hauriou niet gedeeld, want hij ziet enkele karakteristieken bij publiek domein die doen denken aan privaatrechtelijke eigendom. Hij noemt - onder meer - een van de bestemming (*affectation*) afhankelijke onvervreemdbaarheid, de mogelijkheid tot het instellen door een overheid van de revindicatie, en jurisprudentie waarbij gesproken wordt over eigendom. Wat is het gevolg: '*...un jour vient où l'on s'aperçoit que la doctrine de la propriété est à la fois plus exacte et plus pleine d'effects; pour notre droit Français actuel, ce jour est venu.*'⁵⁴⁷ De dag van de privaatrechtelij-

544. Barckhausen, H., *Remarques sur la théorie des domaines, Revue critique de législation et de jurisprudence*, deel 13 (1884), p. 30-43, p. 34.

545. Zie hoofdstuk 5 § 4.A.

546. Zie de bij Hauriou genoemde literatuur. Hauriou, M., *Précis de droit administratif et de droit public* (12e druk, 1933), p. 782. Dat het hier om een latere druk handelt is geen bezwaar: Hauriou: '*Depuis de trente ans nous soutenons que le domaine public est objet de propriété administrative et à chacune des éditions de ce livre, les faits administratifs et la jurisprudence nous fournissent de nouvelles raisons de nous affirmer dans cette opinion.*'

547. Hauriou, M., (1933), p. 788-789.

ke eigendom is aangebroken, maar toch concludeert Hauriou niet tot een volledige gelijkstelling, door middel van de volgende vondst:

'au point de la jouissance du droit, il n'y a qu'une seule forme de la propriété dans les deux domaines; au point de vue de l'exercice du droit, il y a deux formes parce que, tandis que le domaine privé est administré par des procédés de la vie privée, le domaine public est administré par des procédés de la vie publique.'⁵⁴⁸

Aldus is alleen sprake van een onderscheid op het niveau van *uitoefening* van het recht. Wanneer sprake is van publiek domein, kan de overheid haar rechten slechts uitoefenen met in achtneming van de administratiefrechtelijke regels die gelden voor publiek domein zoals onvervreemdbaarheid en onvatbaarheid voor verjaring, beide afhankelijk van een bestemming (affectation) tot publiek domein⁵⁴⁹.

3. Otto Mayer

De staat is 'den natürlichen selbstverständlichen Eigentümer der öffentlichen Sachen. Sie gehören ihm als gemeines Eigentum des Staates, domaine public, öffentliches Gut, eigentliches Staatseigentum. Es ist ein Eigentum besonderer Art, ausgezeichnet namentlich durch Unveräußerlichkeit und Unersitzbarkeit.(...) Der usus publicus ist nur eine Form der Ausübung dieser Herrschaft oder eine Last und Beschränkung derselben, zugleich ein Merkmal, daß das Eigentum des Staates hier von der besonderen rechtlichen Natur ist, die es vor einfachem gewöhnlichem Eigentum auszeichnet.'⁵⁵⁰ Ook Mayer gebruikt een afzonderlijk eigendomsbegrip voor publiek domein. Wat houdt Mayers begrip 'öffentliche Eigentum' in? Anders dan Hauriou onderscheidt Mayer wel twee principieel verschillende vormen van eigendom. De öffentliche Eigentum is van toepassing op öffentliche Sachen: 'die Sache müsse einem öffentlichen Zwecke unmittelbar dienen'; in de woorden van Van Geleijn Vitringa: 'de zaak is voor de overheid niet meer hulpmiddel bij het volbrengen van hare taak, maar reeds door het bestaan van de zaak wordt die taak volbracht. Het belangrijkste en zekerste kenmerk van zulke zaken is, dat ze openstaan voor het publiek gebruik'.⁵⁵¹ Hoe wordt een zaak een openbare zaak? Dat geschiedt door de 'Widmung': 'die öffentliche Sache ist immer erst in dem Augenblicke da, wo feststeht, daß die öffentliche Gewalt sie von nun an für ihren Zweck verwenden wird.'⁵⁵² Voldoende is dit nog niet. Pas als de staat (of een andere overheid) tevens de (privaatrechtelijke) eigendom verwerft, ontstaat de öffentliche Eigentum⁵⁵³, inhoudende een bescherming tegen inbreuk⁵⁵⁴, en de mogelijkheid

548. Hauriou, M., (1933), p. 787-788, in noot 11.

549. Hauriou, M., (1933), p. 791 ev.

550. Mayer, O., *Deutsches Verwaltungsrecht* deel 2 (1896), p. 65.

551. Mayer, O., (1896), p. 72-74; Van Geleijn Vitringa, J., (1903), p. 23.

552. Mayer, O., (1896), p. 90.

553. Mayer, O., (1896), p. 92.

554. Mayer, O., (1896), p. 94.

van beschikking, één en ander vormgegeven door publiekrechtelijke regels. Er is sprake van publiekrechtelijke regels omdat de zaken aan het privaatrecht onttrokken zijn ('die Sache ist außer Verkehr') en omdat de staat bestuurt door middel van die zaken. 'Die Sache ist die Anwendbarkeit des Civilrechts entzogen. Die rechtliche Herrschaft, in welcher die Staat sie hat, ist öffentlichrechtlicher Art, weil er öffentliche Verwaltung durch sie führt'⁵⁵⁵.

4. Van Geleïn Vitringa's kritiek

Van Geleïn Vitringa verwerpt alle besproken opvattingen, zowel de opvattingen van Berthélémy en die van Mayer, waarin de oorspronkelijke leer van Proudhon benaderd wordt, als de op het eerste gezicht wat gematigde opvatting van Hauriou. Van Geleïn Vitringa's kritiek komt in hoofdzaak hierop neer dat de theorieën die uitgaan van een publiekrechtelijk eigendomsconcept weinig licht bieden op de constructie van domaine public⁵⁵⁶. Mayers theorie heeft als zwakke zijde dat de bepaling welke zaak als publiek domein wordt beschouwd, welke zaak 'dem öffentlichen Zwecke unmittelbar dient', aan een subjectief inzicht⁵⁵⁷. Van Geleïn Vitringa's belangrijkste bezwaar is dat Mayer achterwege laat aan te tonen dat het privaatrecht principieel niet van toepassing is. De hierboven behandelde Franse schrijvers gingen tevens in op de bepalingen betreffende zaken buiten de handel, bepalingen die publiek domein aan het privaatrecht zou onttrekken. Ten onrechte, aldus Van Geleïn Vitringa, de bepalingen over zaken buiten de handel zijn 'zuiver privaatrechtelijk', zij onttrekken de zaak juist niet aan het privaatrecht, maar stellen een 'gewijzigd burgerlijk recht' vast. Verder zijn de bepalingen volgens Van Geleïn Vitringa niet interessant, want eigenlijk overbodig: 'De Staat, die een openbare weg heeft aangelegd, zal, naar men gerust mag vertrouwen, dien weg niet aan een particulier verkopen, zolang hij dien weg voor den openbaren dienst noodig acht.'⁵⁵⁸ Hij concludeert stellig: '...onze beschouwingen, waarvan de slotsom is, dat aan den publieken weg geen greintje publiekrecht te bekennen is...' ⁵⁵⁹

D. DOCTRINE EN RECHTSPRAAK NA VON REEKENS ARTIKEL

De doctrine richt zich naar Von Reekens interpretatie: het privaatrecht is het uitgangspunt. In de rechtspraak is minder eenvoudig dan in de literatuur een omslag te bekenen. In 1918, in het Hofvijverarrest, wordt door de Hoge Raad uitgemaakt dat voor 1838, toen de Code civil in Nederland gold, de overheid met de overdracht van het

555. Mayer, O., (1896), p. 95; zie ook: Mayer, O., Eisenbahn und Wegerecht, *Archiv für öffentliches Recht* 1901, 38-87 en 203-243. Zie over Mayer: Planitz, H. (ed), *Die Rechtswissenschaft der Gegenwart in Selbstdarstellungen* (1924), p. 153-175.

556. Van Geleïn Vitringa, J., (1903), p. 18.

557. Van Geleïn Vitringa, J., (1903), p. 23.

558. Van Geleïn Vitringa, J., (1903), p. 35.

559. Van Geleïn Vitringa, J., Publiekrechtelijk karakter van den openbaren weg?, *Rechtsgeleerd Magazijn* 1907, p. 38.

beheer van de hofvijver (publiekrechtelijk) tevens het recht van eigendom had overgedragen⁵⁶⁰. Deze uitspraak is als volgt uitgelegd: Meijers stelt dat daarmee door de Hoge Raad werd erkend dat vóór 1838 de overheid tevens een recht van eigendom had op publiek domein, maar tevens dat dit eigendomsrecht door het publieke recht werd beheerst: een geheel aan Barckhausen herinnerende argumentatie zal hij opmerken⁵⁶¹. Vraag blijft, of deze opvatting ook voor het geldende recht van 1918 zou gelden. Scheltema meent van niet, de uitspraak had immers slechts betrekking op het in 1812 in Nederland geldende Franse recht. Duidelijkheid komt in 1941. Vanaf het parlevinkerarrest werd duidelijk van het primaat van het privaatrecht uitgegaan⁵⁶².

E. CONCLUSIES PUBLIEK DOMEIN

Von Reekens privaatrechtelijk uitgangspunt vindt vrijwel meteen bijval in het privaatrecht: het Burgerlijk Wetboek kent geen onderscheid tussen publiek en privaat domein; de artikelen over zaken buiten de handel zijn niet direct van toepassing, of zelfs overbodig. In de rechtspraak bestaat minder eenstemmigheid. Tekst en systeem van het Burgerlijk Wetboek kunnen domaine public en toepasselijkheid van 'zaken buiten de handel' niet meer schragen. Zij dienen nu om het primaat van het privaatrecht te onderbouwen. Ook de rechtshistorie dient om de ommezwaai te beargumenteren. De argumentatie voor de privaatrechtelijke benadering laat zien dat een sterk op tekst en systeem gerichte uitleg bepaald niet verdwenen is. Een vrijere interpretatie diende om 'zaken buiten de handel' op analoge wijze te kunnen toepassen.

Opvallend is dat de omslag naar een privaatrechtelijke benadering plaats vindt in afwijking van de heersende meningen in Frankrijk en Duitsland. Aan de rechtsstelsels van die landen worden rechtsvergelijkende en rechtshistorische argumenten ontleend. Met het onderscheid dat in de Code civil te vinden is in de artikelen 538-540 werd in 1838 gebroken, zo wijzen tekst en systeem van het Burgerlijk Wetboek uit. Duits rechtshistorisch onderzoek wijst op gebruik van het woord 'Eigenthum' en dus op privaatrechtelijke eigendom. In Frankrijk wordt een omslag gesignaleerd naar privaatrechtelijke eigendom. Het blijkt echter geen drastische omslag zoals in Nederland te zijn. Het onderscheid tussen domaine public en domaine privé wordt alleen ontkend, voor zover het in de Code civil weergegeven zou zijn. Elke (historische) grond ontbreekt om dit onderscheid in de Code civil aan te nemen, zo maakt Barckhausen duidelijk. Barckhausens mening wordt gebruikt voor de ondersteuning van Von Reekens leer in literatuur en rechtspraak. De andere, meer publiekrechtelijke meningen in het Franse en Duitse recht worden uitgebreid in de Nederlandse literatuur behandeld en verworpen.

560. HR 7 juni 1918, *WPNR* 2544 (1918).

561. Meijers, E.M., Publiek domein en zaken buiten de handel, *WPNR* 2543; zie ook: Scheltema, F.G., De zaken der openbare lichamen, in: *Verspreide geschriften* (1953), p. 654.

562. HR 17 januari 1941, *NJ* 1941, 644, m.n. Paul Scholten.

§ 5. De relativiteit der onrechtmatige daad

Het vereiste van de relatieve onrechtmatige daad vindt pas na de eeuwwisseling een plaats in de Nederlandse rechtswetenschap. Er is immers sprake van een toevoeging aan artikel 1401 BW zonder dat de wettekst aanknopingspunten biedt. Van Geleijn Vitringa heeft (in 1919) dit vereiste, in navolging van § 823 van het Duitse BGB, geïntroduceerd. Vanaf een tiental jaren na Van Geleijn Vitringa's artikel wordt het nieuwe vereiste onafgebroken in de rechtspraak toegepast, eerst bij het onrechtmatigheidscriterium 'strijd met een wettelijke plicht', later, vanaf 1937 evenzeer bij de ongeschreven zorgvuldigheidsnormen⁵⁶³.

A. DE DUITSE RELATIVITEIT

In het Duitse BGB wordt in 1900 een relatieve schending van een rechtsplicht weergegeven:

§ 823. Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum, oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem andern zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

Die Gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines andern bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalte des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein.

In het tweede lid is de eis van de relativiteit duidelijk verwoord. Een verplichting tot het vergoeden van schade wordt gelegd op diegene die handelt in strijd met een bijzondere wettelijke plicht. Alleen indien het een wettelijke plicht betreft die de bescherming van de gelaedeerde beoogt, ontstaat een schadevergoedingsverplichting. Deze Duitse relativiteit heeft een andere betekenis dan de Nederlandse relativiteit. Lankhorst merkt terecht op dat er sprake is van een uitbreiding van aansprakelijkheid in de Duitse constructie⁵⁶⁴. Deze opmerking is echter alleen juist als zij wordt gezien tegen de achtergrond van de toevoeging van de relativiteit in het Nederlandse recht: hier betreft de eis van de aansprakelijkheid een beperking, omdat niet *elke* schending van een wettelijke norm een schadevergoedingsplicht met zich mee behoort te brengen.

Een verplichting tot schadevergoeding ontstaat indien één (of meer) van de in § 823 lid 1 genoemde rechten wordt geschonden, maar tevens indien een bijzondere wet (Schutzgesetz) zoals in algemene bewoordingen in lid 2 van § 823 BGB omschreven, wordt overtreden. Er is in de Duitse wetgeving geen sprake van een algemeen geformuleerde abstracte norm, zoals in ons artikel 1401 oud BW of 6: 162 BW, maar van een opsomming van min of meer concrete gevallen van onrechtmatigheid. Naast de opsomming van de rechten waarvan schending een schadevergoedingsplicht oplevert, biedt ook een

563. Zie hoofdstuk 2 § 5.A.

564. Lankhorst, G.H., (1992), p. 10 en p. 47.

schending van een 'Schutzgesetz', grond voor schadevergoeding⁵⁶⁵. Tijdens de parlementaire behandeling werd over de redactie gesproken en onder meer voorgesteld om 'den Schutz eines Anderen bezweckendes' niet op te nemen, omdat 'daß Gesetzliche absolute Verbot einem Jeden zum Schutze dient.' Een dergelijke wijziging werd echter afgewezen, omdat niet de schending van iedere wettelijke bepaling aanleiding kon zijn voor een vergoedingsplicht. Zo werd gewezen op wettelijke plichten die in het belang van de gemeenschap als geheel zijn gesteld, die 'auch jedem irgendwie Beteiligten zugute kämen'. Alleen die wettelijke bepalingen die tevens gericht waren 'die Interessen des Einen vor der Beeinträchtigung durch den Anderen zu bewahren' werden gedacht bij schending een vergoedingsplicht op te leveren⁵⁶⁶. 'Es muß also zum mindesten neben dem Schutze der Gesamtheit unmittelbar auch den Schutz des einzelnen im Auge haben, worüber die Inhalt des Gesetzes meist klare Auskunft gibt.'⁵⁶⁷ Volstrekt duidelijk bleek de bepaling echter toch niet te zijn, zo blijkt uit een tweetal reacties op § 823. Gesproken wordt over: 'Rätseln, die das Gesetz aufbebe. (...) Andere bezeichneten den Sinn der Vorschrift als völlig Dunkel'⁵⁶⁸. Oertmann: 'Die Gesetzliche Bezeichnung hat in ihrer alles und nichts besagenden Unbestimmtheit lebhaftes Mißbehagen und große Meinungsverschiedenheiten hervorgerufen.'⁵⁶⁹

In de eerste jaren na de inwerkingtreding van het BGB heeft de Schutzzwecklehre bij (de interpretatie van) geschreven normen zich in drie richtingen als een begrenzing, een relativisering van de aansprakelijkheid laten zien: naar de personen die door de overtreden regel worden beschermd ('personalen Komponente'); naar de aard van de getroffen schade ('sachlichen Komponente'), en naar het soort gevaar dat zich verwezenlijkt ('Gefahrenkomponente'). 'Der Verstoß gegen das Schutzgesetz verpflichtet den Handelnden zum Schadensersatz, wenn dadurch die Gefahr verwirklicht worden ist, die die Schutzvorschrift verhüten wollte, wenn das Rechtsgut oder Interesse verletzt ist, zu dessen Schutze sie erlassen wurde, und wenn die Person durch den Verstoß geschädigt worden ist, die sie Schützen wollte.'⁵⁷⁰ Aldus is eigenlijk sprake van twee toetsen, eerst moet worden bepaald of een bepaalde wettelijke norm een Schutznorm is, vervol-

565. Zie onder meer Drucker, W.H., *Onrechtmatige daad*, p. 6: 'Het is de bedoeling van de regeling zoals die is neergelegd in het BGB, om niet aan het rechtsgevoel van den rechter over te laten de beslissing der vraag, of een of andere handeling als rechtmatig of onrechtmatig is te beschouwen, maar om deze beslissing vast te leggen in de wet.' Zie ook Smits, P.H., Iets over de vraag der relativiteit van de onrechtmatigheid bij onrechtmatige daad in verband met de door den Hoogen Raad onderscheiden onrechtmatigheidsvormen, *WPNR* 3586-3590 (1938), p. 446; ook: Lankhorst, G.H. (1992), p. 47.
566. Mugdan, B., *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, band 2, *Recht der Schuldverhältnisse* (1899, 1979), ad § 704, p. 1073.
567. *Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts* (1910), § 823, nr. 14, p. 651.
568. Lang, R., *Normzweck und Duty of Care. Eine Untersuchung über die Grenzen der Zurechnung im deutschen und anglo-amerikanischen Deliktsrecht* (1983), p. 12-14.
569. Oertmann, P., *Recht der Schuldverhältnisse* (5e druk, 1929), onder § 823, nr. 4, p. 1388.
570. *Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts* (1910), § 823, nr. 15, p. 652.

gens moet worden bepaald of de betreffende norm in één van de genoemde richtingen bescherming verleent. Een verdeling tussen 'Schutzzweck', en 'Schutzumfang'. Telders verdedigt deze indeling voor het Nederlandse recht.

B. DE KENNISNAME VAN § 823 LID 2 IN NEDERLAND

W.H. Drucker zet in 1912 het Duitse onrechtmatige daadsrecht uitgebreid uiteen. Daarin constateert hij over § 823 BGB het volgende:

'Tot aanvulling der aansprakelijkheid gaat het B.G.B. in § 823 (lid 2) op dergelijke wijze te werk als onze Hoge Raad bij de toepassing van artikel 1401 B.W. In verband met § 823 (lid 2) kan de onrechtmatige daad bestaan zoowel in de aantasting van eenig bijzonder rechtsgoed als van het vermogen in het algemeen. Tot vergoeding is verplicht, wie door de overtreding eener wettelijke bepaling, die bescherming van den ander ten doel heeft, dezen benadeelt. Wettelijke bepaling is in den ruimsten zin te nemen (...); men is geneigd hierbij in de eerste plaats aan de strafwet te denken, maar ook privaatrechtelijke bepalingen vallen daaronder. Of een wet de bescherming van individuele belangen beoogt, moet uit de strekking worden afgeleid, wat veele moeilijkheden meebrengt, daar toch bij de meeste strafbepalingen zoowel individuele als algemeene belangen betrokken zijn. Alleen die schade komt voor vergoeding in aanmerking, welke de betrokken wet beoogt te voorkomen.⁵⁷¹

Drucker gaat uit van een grote mate van overeenkomst tussen regelingen in Duitsland en Nederland: naast onrechtmatigheid die voortvloeit uit de schending van subjectieve rechten staat de onrechtmatigheid die voortkomt uit het handelen in strijd met een wettelijke bepaling. De Duitse 'relativiteit' is reeds bekend voor de introductie van Van Geleijn Vitringa. Op het moment van Druckers proefschrift ontbreekt de expliciet uitgesproken opvatting van absolute onrechtmatigheid (1917)⁵⁷² waartegen Van Geleijn Vitringa zijn relativisering af kan zetten. Voorts valt op dat Drucker de Duitse onrechtmatigheidscategorie 'strijd met een wettelijke bepaling' niet als een van Nederland afwijkende schetst. Een relativisering lijkt naar de mening van Drucker reeds in Nederland te worden gebruikt. Want, zegt hij: 'Of een wet de bescherming van individuele belangen beoogt, moet uit de strekking worden afgeleid'. Drucker verpakt een relativiserende benadering van de onrechtmatige daad in een interpretatievraag. Drucker spreekt over een aanvulling van de aansprakelijkheid maar kwalificeert dit niet als een andere benadering dan de Nederlandse⁵⁷³.

571. Drucker, W.H., (1912), p. 29-30.

572. HR 30 maart 1917, *NJ* 1917, 502 (Slegten/Westenenk).

573. Zie Lankhorst, G.H., (1992), p. 49; Smits P.H., (1938), p. 445 ev.; zie over Smits' standpunt hierna hoofdstuk 7 § 5.

C. ABSOLUTE ONRECHTMATIGHEID EN VAN GELEIN VITRINGA'S RELATIVERING

1. *Slegten-Westenenk*

Op 30 maart 1917 wijst de Hoge Raad een arrest waarin een absolute opvatting verdedigd wordt met betrekking tot de onrechtmatigheid: iedereen die schade lijdt heeft een recht op schadevergoeding. In casu was door Slegten een openbare weg versperd zonder (benodigd) voorafgaand verlof van het openbaar gezag. Westenenk leed daardoor schade en vorderde vergoeding. De vordering werd door rechtbank en hof toegewezen. Volgens het hof is 'ieder bijzonder persoon (...) bevoegd (...) een vordering tot schadevergoeding in te stellen wegens een jegens hem gepleegde onrechtmatige daad.' Daartegen is het cassatiemiddel gericht. Slegten gaat in cassatie en stelt dat de onrechtmatige daad niet 'jegens de eiser' (Westenenk) geschied is en gebruikte dus een vereiste van relativiteit. Besier stelt in zijn conclusie dat voor beoordeling of een daad onrechtmatig is, een schending van het objectieve recht 'als kenmerk op de voorgrond [staat] en behoeft dus in het algemeen niet te worden onderzocht, of een bepaalde persoon, en in het bijzonder de benadeelde, die schadevergoeding vraagt, in zijn rechten gekrenkt is.' De Hoge Raad stelt het door Slegten aangevoerde terzijde. Het recht op schadevergoeding wordt door de artikelen 1401 en 1402 BW niet beperkt tot die benadeelde tegen wie op enige wijze een onrechtmatige daad gepleegd is. De overwegingen van de Hoge Raad, voor zover van belang, luiden als volgt:

'Dat waar nu het plegen van dit strafbaar feit buiten twijfel is eene onrechtmatige daad, ieder, die door deze handeling schade lijdt gerechtigd is om op grond van art. 1401 BW tegen dengene door wiens schuld de schade is veroorzaakt de vergoeding daarvan te vorderen (...)
Dat pleiter voor den eischer wel heeft betoogd dat er meer moet zijn dan de bovengenoemde factoren om eene vordering uit onrechtmatige daad te rechtvaardigen; dat het immers onaanneemelijk zoude zijn, dat een ieder, die, door welke omstandigheden dan ook, nadeel ondervindt van de door een ander begane wetsovertreding, dien ander tot schadevergoeding zou kunnen verplichten, en een juiste toepassing van art. 1401 dan ook medebrengt dit recht op schadevergoeding alléén toe te kennen aan den benadeelde tegen wien op eenigerlei wijze de onrechtmatige daad is verricht, doch dat bij dit betoog uit het oog is verloren, dat uit art. 1402 BW blijkt, dat de onrechtmatige daad, waaruit de aansprakelijkheid ontstaat, in vele gevallen niet als tegen een bepaalde persoon gericht, kan worden beschouwd;'⁵⁷⁴

574. HR 30 maart 1917, *NJ* 1917, p. 502. Een verklaring voor deze absolute onrechtmatigheid is dat juist deze opvatting van onrechtmatigheid binnen de grenzen van het in 1910 gewezen Zutphense waterleiding-arrest een billijke schadevergoeding kan bewerkstelligen. HR 10 juni 1910, *W.* 9038; *Ned. Rechtspraak* deel 215, § 27, p. 235-242. Zie ook Lankhorst, G.H., (1992), p. 14-15, met een verklaring die in de geringe regeldichtheid de oorzaak legt. Daarnaast kan de relativiteitseis worden gezien als een invulling van de onrechtmatigheidscriteria na Lindenbaum-Cohen uit 1919 (*NJ* 1919, 161). De betekenis van schuld als bepaling van de verwijtbaarheid nam af, en haar plaats werd deels ingenomen door de zorgvuldigheid. Bij deze verruiming behoort niet elke onrechtmatigheid een schadevergoedingsplicht op te leveren. Van Maanen, G.E., (1986), p. 196 ev.; Hartlief, T., Van Maanen, G.E. *Hoe werkt de onrechtmatige daad* (1995), p. 61; Van Maanen, G.E., *De Zutphense juffrouw en de ontrouwe bediende van Lindenbaum* (1995), p. 50-51; zie ook: Van Maanen, G.E., (1986), p. 198.

In deze passage komt de absolute onrechtmatigheid, door gebruik te maken van artikel 1402, duidelijk tot uitdrukking. Met een beroep op de wetssystematiek (artikel 1401 en 1402 in onderling verband) stelt de Hoge Raad het in het cassatiemiddel aangevoerde terzijde. De stellige uitspraak leidt tot kritiek van Van Geleijn Vitringa in een artikel met een verder andere strekking.

2. De introductie door Van Geleijn Vitringa (1919)

Juist naar aanleiding van deze absolute onrechtmatigheid (onrechtmatig jegens een ieder) bepleit Van Geleijn Vitringa een vereiste van relativiteit als element van de onrechtmatige daad. Maar dacht hij dat als een nieuw element? Dat lijkt niet zo te zijn. Van Geleijn Vitringa stelt:

'Daarmede is niet gezegd en zeker ook niet bedoeld, dat als grondslag voor de vordering tot schadevergoeding onder alle omstandigheden voldoende is, dat één zelfde daad en strafbaar is en aan een ander schade veroorzaakt. Stellig moet dit voorbehoud worden gemaakt, dat het belang, waaraan de schade is toegebracht, tevens is het belang, tot bescherming waarvan het overtreden wetsvoorschrift strekt.'⁵⁷⁵

Van Geleijn Vitringa lijkt de uitspraak van de Hoge Raad te interpreteren alsof de relatieve opvatting daarin al besloten ligt: 'Daarmee is niet gezegd en zeker ook niet bedoeld (...) Stellig moet dit voorbehoud worden gemaakt(...)'. Hij verwijst naar de Duitse bepaling: wat de Hoge Raad onder schending van rechtsplicht verstaat, wordt in § 823 lid 2 BGB genoemd: 'verstossen gegen ein den Schutz eines Anderen bezweckendes Gesetz'. Slechts aan diegene wiens bescherming de wet beoogt komt een vordering tot schadevergoeding toe. Het is juist dit aspect van het Duitse artikel, dat ook bij artikel 1401 gebruikt zou moeten worden om de consequenties van de absolute opvatting van de onrechtmatigheid te ontgaan. Zo noemt hij als voorbeeld, onder verwijzing naar het Franse recht, de onbevoegde uitoefening van de geneeskunst: dat geeft aan bevoegde artsen nog geen recht op schadevergoeding, omdat de Nederlandse wettelijke regeling alleen waakt voor een algemeen gezondheidsbelang⁵⁷⁶. In het Franse recht wordt door de regeling ook de concurrerende arts beschermd, zodat daar een schadevergoeding wel kans van slagen heeft⁵⁷⁷. De door Van Geleijn Vitringa gebruikte bewoordingen zijn niet altijd even makkelijk te plaatsen. Bedacht moet worden dat het relativiteitsvereiste nog moest worden vormgegeven. Zo kan het standpunt van Van Geleijn Vitringa soms doen denken aan een constructie zoals van Besier of Demogue, waarbij het causaal verband meer centraal wordt gesteld; soms gebruikt Van Geleijn Vitringa het schuldver-

575. Van Geleijn Vitringa, J., Openbaarheid van den weg en burgerlijk recht, *Rechtsgeleerd Magazijn* 1919, p. 29.

576. Zie ook HR 17 januari 1958, *NJ* 1961, 568.

577. Van Geleijn Vitringa, J., (1919) p. 30.

eiste om tot een relativering van een onrechtmatige daad te komen⁵⁷⁸. Waar het om gaat is dat Van Geleïn Vitringa tracht te voorkomen dat elke schending van een wettelijke norm tot schadevergoeding dwingt. Dit lijkt in de woorden van Van Geleïn Vitringa iets wat vanzelf spreekt: 'Daarmee is niet gezegd en zeker ook niet bedoeld (...). Stellig moet dit voorbehoud worden gemaakt...' Het artikel van Van Geleïn Vitringa is slechts een voorbode: een tiental jaren nadien zou de Hoge Raad het relativiteitsvereiste gaan toepassen; Van Geleïn Vitringa is inmiddels raadsheer geworden in de Hoge Raad.

3. Een geheel nieuwe toevoeging?

Het idee dat niet elke onrechtmatige daad tot schadevergoeding behoort te leiden is geen nieuw idee. Een aantal vroege uitspraken, die dateren van vóór de introductie van de relativiteit als afzonderlijk vereiste, doet sterk denken aan een relativiteitsvereiste⁵⁷⁹. Zelfs Van Geleïn Vitringa vestigt de aandacht daarop⁵⁸⁰. Zo werd in 1870 door de rechtbank Maastricht het volgende vonnis gewezen. Sprake was van een onbevoegd uitgeoefende 'wagendienst tot vervoer van personen'. Een concurrent, wel in het bezit van de vereiste vergunning, werd in deze uitspraak de mogelijkheid ontzegd om schadevergoeding te vorderen. Want, aldus de rechtbank, de concessionaris kan aan zijn concessie

'hoegenaamd geen exclusief recht (...) ontleenen; dat derhalve, wanneer iemand, zonder door het openbaar gezag eene vergunning tot oprigting eener dienst van openbare middelen van vervoer te hebben verkregen, door het aanleggen van eene regelmatige dienst van vervoer, eene overtreding pleegt van meergemeld reglement, hij wel daardoor strafrechtelijk verantwoordelijk is, maar niet kan gezegd worden eene onregmatige daad te hebben gepleegd jegens dengene, die eene zoodanige wettelijke concessie had bekomen;' ⁵⁸¹

Waarom kon de concessionaris geen exclusief recht aan zijn concessie ontleen? Omdat 'concessiën als die, waarvan de rede, niet zozeer in het particulier dan wel in het algemeen belang worden gegeven', en verder doordat de concessiën 'voor herroeping vatbaar zijn, zonder dat hij, die dezelve had bekomen, zich deswege kan beklagen.' In deze uitspraak wordt in ieder geval precies weergegeven wat Van Geleïn Vitringa later, in 1919, voor ogen stond. Wettelijke voorschriften beogen de bescherming van 'zekere belangen'. Noodzakelijk is nu te kijken of het geschonden belang in kwestie door de geschonden norm wordt beschermd. In de vroege uitspraak van 1870 is van een derge-

578. *Asser-Hartkamp III* (1994), nr. 107. Enkele voorbeelden: 'tusschen het onrechtmatig en het schadelijk karakter der daad elk verband te ontbreken'; of: 'ook de woorden van art. 1401 BW staan hier aan de vordering tot vergoeding in den weg. Het artikel spreekt van schade veroorzaakt door schuld. Den dader moet verwijt treffen, dat hij schade toebrengt.' Van Geleïn Vitringa, J., (1919), p. 31.

579. Zie Lankhorst, G.H., (1992), p. 13.

580. Van Geleïn Vitringa, J., (1919), p. 30.

581. Rechtbank Maastricht, 13 oktober 1870, W. 3285.

lijke toets sprake. Onderscheiden wordt in die kwestie tussen de beoogde bescherming van het algemeen belang, en de particuliere belangen van de uitbater der wagen dienst.

De introductie uit het Duitse recht in 1919 moet vooral worden gezien als de creatie van een afzonderlijk vereiste uit een reeds bekende juridische redenering; ze werd gestoken in de jas van een 'nieuw' vereiste. Waarom? Wanneer we trachten een reden te vinden voor het ontstaan van een relativering als afzonderlijk vereiste, dan lijkt het vooral de in 1917 uitgesproken absolute onrechtmatigheid te zijn. Daarbij biedt het Duitse recht een passende formulering, en later, bij de ontwikkeling en uitwerking van de relativiteit, passende invullingen. Vanaf 1928 wordt het vereiste in de rechtspraak gesteld.

D. DE ZAAK MARCHANT ET D'ANSEBOURG; BESIER EN DEMOGUE

In 1928 past de Hoge Raad het relativiteitsvereiste voor het eerst (op onduidelijke wijze) toe⁵⁸². Van Geleijn Vitranga heeft dit arrest mede gewezen. Telders is de grootste voorstander van het nieuwe vereiste. Voor het gebruik van dit nieuwe vereiste ontleent hij veel aan het Duitse recht. Zijn betoog zet Telders af tegen de conclusie van de advocaat-generaal Besier voor het arrest Marchant. Tevens brengt hij de mening van Besier in verband met een standpunt van Demogue.

1. *Marchant in het kort*

In § 2.5 is de uitspraak reeds uitvoerig aan de orde geweest. Een stuk grond van Marchant is aangewezen ter onteigening, maar een voorschrift uit de Onteigeningswet blijkt geschonden (er had geen ter inzagelegging plaatsgevonden). Marchant lijdt schade door de aanwijzing tot onteigening. Kan de enkele schending van het voorschrift uit de Onteigeningswet grond opleveren voor schadevergoeding? Nee, dat kan niet volgens de Hoge Raad, omdat de strekking van het geschonden artikel niet is om de eigenaar te beschermen tegen nadelen die uit de aanwijzing tot onteigening voortvloeien.

2. *Demogue (1924) en Besier (1928)*

Demogue ziet de oplossing in de causaliteit:

'Il ne peut être question de cause que tout autant qu'il y a une relation nécessaire entre le fait incriminé et le dommage. Il faut qu'il soit certain que, sans ce fait, le dommage n'aurait pas eu lieu. Ainsi, il ne suffit pas qu'une personne ait contrevenu à certains règlements, il faut que sans cette contravention le dommage n'eût pas eu lieu. Ainsi, un entrepôt de bois ayant été ouvert sans autorisation, le propriétaire n'est pas de plein droit responsable de l'incendie qui s'est communiqué à un immeuble voisin, alors cependant qu'on peut se demander si l'autorisation sollicitée eût été obtenue. Ici, la relation n'est plus absolument nécessaire et le juge en est

582. NJ 1928, 1691.

réduit à dire que même si l'on s'était conformé à la loi, le dommage eut sans doute eu lieu.' ⁵⁸³

Uit het citaat wordt duidelijk dat Demogue dezelfde situatie op het oog heeft als in Nederland bij de relativiteitsleer wordt gedacht: het ontbreken van een vergunning bij een houtopslag maakt de eigenaar niet reeds op grond van die reden aansprakelijk voor een naar een nabuur overslaande brand. Een ander voorbeeld van Demogue wordt ook door Telders gebruikt:

'Celui qui conduit une automobile sans permis, n'est pas nécessairement responsable s'il écrase un passant. Nous estimons cependant, que l'absence de permis, peut constituer une présomption de fait d'ignorance et d'incapacité.' ⁵⁸⁴

In Demogue's standpunt, het eerste citaat, komt het causaal verband goed tot uitdrukking: 'une relation nécessaire entre le fait incriminé et le dommage'. Maar de door hem gekozen bewoordingen geven aanleiding te veronderstellen dat hij zich nog een verband dacht: tussen 'contravention' en 'dommage', het onrechtmatige element en de schade. Het is dit dubbele causale verband dat ook Besier zou huldigen ⁵⁸⁵.

Besier neemt voor het arrest Marchant et d'Ansembourg de betreffende conclusie die verwantschap vertoont met het standpunt van Demogue ⁵⁸⁶. Besier kwam niet tot een verplichting tot schadevergoeding op grond van een onrechtmatige daad, want:

'Art. 1401 B.W. eischt dan ook een dubbel causaal verband. Het eischt, dat door de daad schade zij toegebracht, doch daarnaevens, dat de schade veroorzaakt zij door schuld.(...) De onrechtmatige schadetoebrengende daad legt derhalve ook volgens den Hoogen Raad alleen hem, door de onrechtmatigheid van wiens handelen de schade is veroorzaakt (...) de verplichting op die te vergoeden. (...) In het onderhavige geval ontbrak dus het voor de toepassing van artikel 1401 B.W. noodzakelijk verband tussen de onrechtmatigheid van het Kon. Besluit en de daardoor veroorzaakte schade. De schade toch zou evengoed zijn ingetreden, indien dit besluit niet op een onvoldoenden grondslag had berust, doch de neerlegging der plannen van het werk behoorlijk had plaats gehad.' ⁵⁸⁷

Besier gebruikt expliciet een dubbel causaal verband: tussen de daad en de schade en tussen de schuld (onrechtmatigheid) en de schade ⁵⁸⁸.

583. Demogue, R., deel 4 (1924), nr. 366.

584. Demogue, R., (1924), nr. 366, p. 2, noot 3.

585. Zie *Asser-Hartkamp III* (1994), nr. 107.

586. Zie hoofdstuk 2 § 5.B; *Asser-Hartkamp III*, nr. 107.

587. HR 25 mei 1928, *NJ* 1928, 1688, p. 1690.

588. Zo merkte ook Telders op: Telders, B.M., (1929), p. 170.

E. TELDERS: ONDERSTEUNING EN INVULLING AAN DE HAND VAN HET DUITSE RECHT (1929)

Telders is de grootste pleitbezorger van het nieuwe vereiste. Hiervoor is Telders, zo blijkt uit een noot bij zijn artikel, niet door Van Geleijn Vitringa in 1919 geïnspireerd. Volgens Telders zijn de drie vereisten, onrechtmatigheid, schade en causaal verband, ontoereikend⁵⁸⁹. De relativiteit is een onmisbaar vervolg op deze vereisten, omdat in een aantal gevallen wel tot een schadevergoedingsplicht geconcludeerd kan worden, terwijl daarvan geen sprake behoort te zijn. De door Besier, Meijers en Demogue voorgestane dogmatische oplossingen die in tekst en het systeem van de wet passen, zijn volgens Telders onjuist. Waarom? Het is voornamelijk het door Besier en Demogue geconstrueerde oorzakelijk verband, waartegen Telders in het geweer komt. Door beiden wordt een causaal verband gelegd tussen de onrechtmatigheid van de daad, en de schade. Dit verband is echter een geheel ander verband, volgens Telders een normatief verband en zeker geen causaal verband⁵⁹⁰. § 823, 2e lid BGB geeft dit verband goed weer. Telders vertaalt de in dit Duitse artikel neergelegde regel als volgt: 'Niet iedere onrechtmatigheid brengt schadevergoedingsplicht mee, maar slechts die onrechtmatigheid, waardoor een rechtsnorm wordt overtreden, die ten doel heeft eens anders belangen te beschermen.' De invulling die het Duitse Reichsgericht aan deze regel geeft, en die boven reeds aan de orde kwam, wordt door Telders als toepassing in Nederland gesuggereerd, en door hem als volgt samengevat:

*Vereischt is dat de geschonden norm 1e. het belang beschermt, dat door de onrechtmatige daad is gelaedeerd; 2e. dit belang beschermt tegen het gevaar, dat door de onrechtmatige daad is verwerkelijk; 3e. de persoon betreft wiens belang door de onrechtmatige daad is gelaedeerd.⁵⁹¹

Duitse rechtspraak is volgens Telders van belang omdat het resultaat ook hier te lande vrij algemeen aanvaard wordt⁵⁹². Zo bijvoorbeeld een uitspraak uit 1906: iemand had aandelen van een vennootschap aangeschaft, afgaande op valse balansen en ongemotiveerde dividenduitkeringen. De commissarissen hadden het bestuur onvoldoende gecontroleerd, en gehandeld tegen een wettelijke bepaling uit het Handelsgesetzbuch. Vraag was nu of deze normschending ook een normschending was in de zin van § 823 lid 2. Het criterium daarvoor was of de norm in het HGB tevens geschreven was ter bescherming van de belangen van personen zoals gelaedeerde, die als toekomstig aandeelhouder op het verkeerde been was gezet. Nee, concludeerde het Reichsgericht, de bepalingen waren slechts bedoeld ter bescherming van de belangen van aandeelhouders of schuld-

589. Telders laat het begrip schuld wegens onduidelijkheid buiten beschouwing.

590. Met deze argumentatie van Telders wordt voor het eerst Besier in verband gebracht met Demogue. Wertheim zal in 1930 in zijn proefschrift spreken over de 'theorie Demogue-(Hof Den Bosch)-Besier'. Wertheim, W.F., *Aansprakelijkheid voor schade buiten overeenkomst*, Leiden 1930, p. 108 en 130.

591. Telders, B.M., (1929), p. 170-171.

592. Telders, B.M., (1929), p. 171.

eisers van de vennootschap. Ook AG Berger maakt in 1931 gebruik van Telders' aan de Duitse jurisprudentie ontleende criteria. 'Dat deze norm rechtstreeks gericht is op bescherming van dien ander en tevens strekt tot beveiliging van het belang, waarin verweerder in het onderwerpelijke geval is geschaad, behoeft uitteraard, dunkt mij, geen betoog.'⁵⁹³ Telders' standpunt leidt tot een polemiek met Wolfsbergen, en ook anderen zullen zich tegen dit nieuwe, en niet in de wettekst verankerde vereiste, keren. Ondanks grote tegenstand zal het vereiste toch in het Nederlandse recht worden aanvaard: in de jurisprudentie, maar ook in de literatuur.

F. DE ONGESCHREVEN NORMEN VAN LANGEMEIJER (1934)

Telders laat de toepassing van de relativiteit bij zorgvuldigheidsnormen buiten beschouwing. Dat is voor Wolfsbergen aanleiding om op te merken: 'met het sinds 1919 bestaande recht houdt Mr.T daarbij geen rekening'⁵⁹⁴. De relativiteit kan sterk de nadruk leggen op de geschreven norm, waardoor de vraag of wellicht ongeschreven normen zijn geschonden, wat veronachtzaamd kan raken. In kort geding - rechtspraak treft Langemeijer deze nalatigheid aan: 'niet overwogen is, of niet de gedaagde naast een wetsbepaling ook een dier elementaire regels van maatschappelijke moraal schond, die de H.R. in 1919 als regels van ongeschreven recht heeft erkend.'⁵⁹⁵ Hij onderschrijft weliswaar het nieuwe vereiste, maar stelt zijn 'correctie Langemeijer' als noodzakelijke toevoeging. Wanneer relativiteit tussen geschonden *wettelijke* norm en schade ontbreekt en overtreding van deze wettelijke norm dus geen aanleiding geven kan tot een schadevergoedingsplicht, kan het daarnaast zijn dat ook een *ongeschreven* norm is geschonden, dat aldus sprake was van een jegens de gelaedeerde *onbehoorlijke* wetschending. Op grond daarvan kan dan toch een aansprakelijkheid ontstaan, waarbij de wetsovertreding meegewogen wordt⁵⁹⁶.

G. ACCEPTATIE IN RECHTSpraak, HANDBOEKEN, EN IN HET NIEUWE BW

In een aantal arresten wordt de relativiteit van de onrechtmatige daad toegepast⁵⁹⁷. In 1937 volgt een uitbreiding en wordt het vereiste van de relativiteit ook bij de zorgvul-

593. Zie W. 12321.

594. Wolfsbergen, A., Normatieve onrechtmatigheid of causale onrechtmatige daad, *WPNR* 3115-3116 (1929), p. 523. Telders repliceert, en merkt op dat hij wil afzien van de vraag 'of daarnaast wellicht ook reeds een norm van ongeschreven recht de handeling verbiedt'. Telders, B.M., Nog eens: het verband tusschen onrechtmatigheid en schade bij art. 1401 B.W. *WPNR* 3126 (1929), p. 667.

595. Langemeijer, G.E., Onrechtmatige daad en concurrentiestrijd, *Nederlands Juristenblad* 1934, p. 617. De door Langemeijer genoemde uitspraken hebben alle betrekking op gestelde oneerlijke concurrentie: *NJ* 1934, 231; *NJ* 1934, 285; *NJ* 1934, 414; *NJ* 1934, 925.

596. Zie daarover ook Van Maanen, G.E., (1986), p. 198-199.

597. HR 24 januari 1930, *NJ* 1930, 299; in zijn noot onder het arrest gaat Meijers ook in op die zorgvuldigheidsnormen, en vermeldt expliciet dat in Duitsland in § 826 het vereiste niet wordt gesteld. HR 19 juni 1931 W. 12321 (1931) en in *NJ* 1931, 1303; HR 17 juni 1932, *NJ* 1932, 1464; HR 23 november 1939, *NJ* 1940, 242.

digheid toegepast. Wat was in die rechtszaak het geval? Een zekere Van der Werff, werkzaam aan de beurs te Rotterdam, verstrekt aan de directeur van de Nederlandsche Beleggingstrust veel te gunstige inlichtingen over de zaken van de Hollandsche Discon-teeringsbank NV (Holdisco). Op grond van deze inlichtingen koopt de Beleggingstrust voor een kleine vierduizend gulden aandelen van Holdisco. Van der Werff is tevens commissaris van Holdisco. De Hoge Raad overweegt:

‘dat het aan een commissaris eener vennootschap niet vrij staat omtrent den gang van zaken bij die vennootschap aan derden bewust ongerechtvaardigde inlichtingen te geven, welke niet anders konden worden opgevat dan als een aansporing om de aandelen dier vennootschap te koopen; dat een dergelijke norm strekt ter bescherming niet alleen van den derde, aan wien de inlichtingen zijn verstrekt, doch ook van den ruimer kring van personen, waaronder zeker begrepen zijn lichamen, welke door middel van dien derde als hun vertegenwoordiger aan het verkeer deelne-men;’ 598

Een toepassing van de relativiteitseis, ‘Germaanser dan Germaans’, aldus Wolfsbergen⁵⁹⁹. Het Duitse recht kende inderdaad geen toepassing met betrekking tot ongeschreven normen (zie § 826 BGB). Ook Molengraaff signaleert dat de Hoge Raad de relativiteit heeft aanvaard: ‘De gegeven beslissing is een leerzaam voorbeeld van de betrekkelijkheid van het begrip onrechtmatige daad⁶⁰⁰. Van der Grinten accepteert de nieuwe eis eveneens: ‘Voor een actie uit onrechtmatige daad zal derhalve de eisch gesteld moeten worden, dat de handeling onrechtmatig is tegenover de benadeelde⁶⁰¹. Na tien jaren wordt de relativiteit van de onrechtmatigheid van de Hoge Raad door enkele schrijvers verdedigd: Van Geleijn Vitranga, Telders, en Van Der Grinten. In de diverse handboeken worden de uitspraken van de Hoge Raad steeds stelliger als de heersende mening onderschreven. Polak is in zijn bewerking van het handboek van Veegens nog enigszins aarzelend. Deze leer, zegt hij, vindt niet onverdeeld bijval⁶⁰². Hofmann daarentegen onderschrijft onomwonden de mening van de Hoge Raad⁶⁰³. Suijling maakt melding van de toets der relativiteit als heersende leer⁶⁰⁴. In de literatuur is het nieuwe vereiste echter niet zonder slag of stoot geaccepteerd. In het volgende hoofdstuk zullen we op die kritiek ingaan: alle commentaar op het vereiste heeft als gemeenschappelijke noemer, dat het relativiteitsvereiste een te grote afwijking met zich meebrengt van de wettekst en systematiek, terwijl ook op andere wijzen wel een billijke aansprakelijkheid bewerkstelligd kan worden.

598. HR 11 maart 1937, *NJ* 1937, 899.

599. Wolfsbergen, A., *Onrechtmatige daad*, (1946), p. 94.

600. Molengraaff, W.L.P.A., in zijn noot onder HR 24 januari 1930, *W.* 12091 (1930), p. 2.

601. Van der Grinten, W.C.L., *Onrechtmatige daad en schade*, *Nederlands Juristenblad* 1939, p. 159.

602. Veegens, J.D., en A.S. Oppenheim, *Schets van het Nederlandsch burgerlijk recht*, deel 3 (4e druk, 1934), bewerkt door C.H.F. Polak, p. 150-151.

603. Hofmann, L.C., *Het Nederlandsch verbintenissenrecht*, deel 1 (4e druk, 1935), p. 273-274.

604. Suijling, J.Ph., *Inleiding tot het burgerlijk recht*, 2e stuk, 2e gedeelte (2e druk 1936), p. 217-218.

H. CONCLUSIES RELATIVITEIT

Een relativering van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad is als juridische bewerking geen nieuwe toevoeging. Dat blijkt uit uitspraken vóór 1917, en uit de nogal geruisloze presentatie door Drucker en dito eerste introductie door Van Geleijn Vitringa. De introductie van de relativiteit vindt plaats als reactie op de absolute onrechtmatigheid. Niet *elke* overtreding van een wettelijke bepaling behoort tot schadevergoeding aanleiding te geven. Het voornaamste argument is gelegen in eisen van de praktijk: alleen op deze wijze zou een billijke aansprakelijkheid bewerkstelligd kunnen worden. Met tekst en systeem alleen zou geen sluitende argumentatie te verkrijgen zijn.

Voordat het nieuwe vereiste wordt ingevoerd moet met de in de tekst besloten criteria worden geargumenteed. Besier doet zulks en gebruikt het causaal verband als mogelijke oplossing. In het Franse recht wordt dezelfde constructie door Demogue voorgestaan. Duitsland heeft een precies in de Nederlandse situatie passende toepasbare formule in het BGB, en het is dan ook deze formule die door Van Geleijn Vitringa wordt gebruikt: 'verstossen gegen ein *den Schutzeines Anderen* bezweckendes Gesetz'. Telders, de grootste voorstander van het nieuwe vereiste, formuleert aan de hand van het Duitse recht een aantal criteria: naast de vraag of een geschreven norm behalve een algemeen belang, tevens een individueel belang beschermt, formuleert hij een drietal criteria die bij de invulling van de relativiteit van de geschreven norm behulpzaam kunnen zijn. Twee daarvan keren terug in de uitwerking van het relativiteitsvereiste: de geschonden norm moet juist het geschade belang beschermen, en moet juist de persoon beschermen wiens belang is geschaad. Deze zijn rechtstreeks uit de Duitse jurisprudentie en rechtswetenschap afkomstig. De uitbreiding van de relatieve onrechtmatigheid bij schending van ongeschreven normen vindt plaats zonder enig aanknopingspunt in het Duitse recht.

§ 6. Conclusies over de periode van de vrije rechtsvinding (1880-1910)

A. DE HEERSENDE MENINGEN

De door Diephuis voorgestane beperkte uitleg blijft voor een groot deel de heersende uitleg van artikel 1403 eerste lid. Toch gaan er stemmen op voor een ruime uitleg, doordat sprake is van een toename van schade door spoorwegen en door auto's. De ruime uitleg hangt samen met het uitblijven van wetgeving. De rechtspraak blijft een beperkte uitleg voorstaan, maar weet door bewijstechnische kwesties de bewijslast van schuld te verlichten. In afzonderlijke wetgeving wordt een veel ruimere aansprakelijkheid vastgelegd. Artikel 2014 kent twee richtingen van uitleg. In de eerste plaats de voortzetting van Diephuis' uitleg, de heersende leer die ook in de jurisprudentie wordt voorgestaan. Deze leer kent voor roerend goed geen onderscheid tussen eigendom en bezit. In de tweede plaats is prominent aanwezig de op Faber en Molengraaff voortbouwende nieuwe uitleg van Scholten. Zij houdt in dat de overdracht van eigendom door een beschikkingsonbevoegde kan geschieden. De feitelijke toestand, het bezitten, legiti-

meert de vervreemder als rechthebbende, als eigenaar, en de verkrijger mag daarop afgaan. Een geldige titel is noodzakelijk. De goede trouw, aanvankelijk door Scholten niet vereist, wordt ingebracht op aangeven van Van Oven. De vrijwel unaniem aangehangen mening dat publiek domein aan een eigendom 'iure publico' onderworpen is, wordt abrupt verlaten tegen het einde van de negentiende eeuw. Vanaf dat moment wordt ook publiek domein onderworpen geacht aan privaatrechtelijke eigendom, als weergegeven in het Burgerlijk Wetboek. De eis van de relativiteit ten slotte, wordt vanaf 1928 geïncorporeerd in het Nederlandse onrechtmatige daadsrecht. Voor een dergelijke eis biedt de wet geen directe aanknopingspunten. Toch wordt de relativiteit aanvaard in de rechtspraak van de Hoge Raad en door een aantal schrijvers. Vanaf 1937 wordt de relativiteit ook toegepast op ongeschreven normen.

B. KWANTITATIEVE ANALYSE

Vergeleken met de voorgaande perioden wordt meer naar Nederlandse bronnen verwezen (van $\pm 50\%$ naar 70%). Naar Belgisch recht wordt iets meer verwezen dan in de voorgaande periode. Iets minder dan de voorgaande periode wordt naar Duits (van 10% naar 7%) en Frans (van 20% naar 16%) recht verwezen. Er is sprake van een flinke afname in het gebruik van het Romeins recht (van 19% naar 6%). Het verschil in gerichtheid op andere rechtssystemen tussen *Themis* en het *Rechtsgeleerd Magazijn* is opmerkelijk. Het *Rechtsgeleerd Magazijn* laat een grote oriëntatie zien op een verscheidenheid aan rechtssystemen. In *Themis* ontbreekt die oriëntatie vrijwel geheel.

C. ONTLEENDE ASPECTEN

Duitse en Oostenrijkse economische theorieën bieden de Nederlandse rechtswetenschap een andere grondslag voor aansprakelijkheid. Aan de hand van de uiteenzettingen van de Franse jurist Saleilles en de Belgische jurist Laurent wordt een ruime uitleg van artikel 1403 voorgestaan. In de discussie over artikel 2014 wordt aan het Duitse recht de mogelijkheid ontleend dat 2014 een overdracht kan betekenen door een beschikkingsonbevoegde. De eis van de goede trouw wordt in navolging van het Duitse BGB en de Franse doctrine geaccepteerd. Het onderscheid tussen de beide functies van artikel 2014 wordt ontleend aan de Franse jurist Saleilles. In de discussie over publiek domein wordt aan het Duitse en het Franse recht een nieuwe historische interpretatie ontleend. Het Duitse recht toont dat oude bronnen spreken over 'Eigenthum'; het Franse recht laat zien dat in de Code civil geen onderscheid werd beoogd tussen publiek en privaat domein. Beide visies op de historie boden steun aan de voorstanders van de privaatrechtelijke benadering. Het vereiste van de relativiteit van de onrechtmatige daad wordt voorafgegaan door een aan Demogue ontleende extensieve interpretatie van de causaliteit. De bewoordingen van het relativiteitsvereiste zijn aan de Duitse wetgeving ontleend. Ook de invulling van het vereiste geschiedde aan de hand van het Duitse recht: aansprakelijkheid wordt beperkt naar persoon, en naar het geschade belang.

D. RECHTSVINDING

De belangrijkste wijzen van interpretatie zijn in de eerste plaats de teleologische, in de tweede plaats de historische. Bij elke uitleg staat het maatschappelijk nut, het te bereiken doel voorop; de historische uitleg wordt belangrijker. Beide manieren van uitleg vergemakkelijken het gebruik van andere rechtsstelsels bij de interpretatie van Nederlandse bepalingen. Bij de teleologische uitleg wordt minder aan tekst en systeem van de wet: redelijke oplossingen die voor dezelfde kwestie in een ander rechtsstelsel worden gevonden laten zich makkelijker in de argumentatie gebruiken. Het rechtsvergelijkend argument, dat in de voorgaande periode van het legisme slechts in het verlengde lag van de historische interpretatie, heeft nu een veel zelfstandiger positie ingenomen.

Het gebruik van andere rechtsstelsels was in de periode van het legisme op een aantal manieren mogelijk: als historische interpretatie, als beredenering van het wenselijke recht, als rechtsvergelijkende interpretatie en door de invloed van andere Nederlandse disciplines op het privaatrecht. In de periode van de vrije rechtsvinding zijn vooral van belang de rechtsvergelijkende en de historische interpretatie. De rechtsvergelijkende methode wordt bij alle onderwerpen gebruikt. Bij de ontwikkeling van een aansprakelijkheid voor zaken worden Duitse en Oostenrijkse wetgeving gebruikt. De voorgestane ruime interpretatie zou conform die wetgeving zijn. De Franse jurisprudentie en de Franse en Belgische doctrine worden als rechtsvergelijkend argument gebruikt voor een ruime interpretatie van artikel 1403. In de interpretatie van artikel 2014 wordt het Duitse BGB (en een voorgaand ontwerp) gebruikt voor de onderbouwing van de legitimatieleer: overdracht van eigendom door een beschikkingsonbevoegde. De Franse doctrine en jurisprudentie, de Belgische doctrine en de Duitse en Zwitserse wetgeving kennen de goede trouw als vereiste omwille van de billijkheid. De verwijzingen naar deze stelsels dienen als rechtsvergelijkend argument voor de acceptatie van de goede trouw in artikel 2014. Saleilles onderscheid tussen de processuele en de materiële functie wordt sinds Scholten in de Nederlandse doctrine gebruikt. Het Engelse recht biedt een rechtsvergelijkend argument voor het 'om baat'- vereiste. De voorstanders van de privaatrechtelijke benadering van publiek domein gebruiken rechtsvergelijkende argumenten uit Frankrijk en Duitsland ter ondersteuning van hun standpunt. Enerzijds worden de weinige privaatrechtelijke standpunten aangehaald (Barckhausen, Hauriou), anderzijds worden de Franse en Duitse publiekrechtelijke standpunten besproken en verworpen. Ook aan de rechtshistorische interpretatie komt in deze periode betekenis toe voor gebruik van andere stelsels. De ruime uitleg van een aansprakelijkheid voor zaken gebruikt de interpretatie van het Franse artikel 1384 uit de wat oudere Franse literatuur: de bepaling heeft in ieder geval een 'zelfstandige' betekenis (Toullier), wellicht werd zelfs een vermoeden van schuld aangenomen (Marcadé). Duits rechtshistorisch onderzoek biedt aan de legitimatieleer ondersteuning. In dat onderzoek wordt tot een minder vergaande gelijkstelling van bezit en eigendom geconcludeerd. Voorstanders van de privaatrechtelijke benadering ontleenden aan Frans rechtshistorisch onderzoek

het ontbreken van een onderscheid tussen publiek en privaat domein in de Franse Code civil.

Andere (rechts)gebieden dienen komen nog steeds naar voren in de beoefening van het privaatrecht. Zo bieden economische theorieën uit Duitsland en Oostenrijk (Steinbach, Mataja) een andere grondslag voor aansprakelijkheid; de rechtstheoretische opvattingen van Geny en Saleilles over de vrije rechtsvinding krijgen ruime aandacht in het Nederlandse privaatrecht.

E. RECHTSVERGELIJKING

Veel explicieter dan in de vorige periode laten civilisten zich uit over het gebruik van andere rechtsstelsels. Rechtsvergelijking komt nadrukkelijk op de voorgrond bij de verantwoording van methoden: voor Molengraaff is het een onmisbare factor bij de uitleg van Nederlandse bepalingen. Ook Drucker spreekt zich uit voor gebruik van andere rechtsstelsels. De Savornin Lohman maakt gebruik van het onlangs afgekondigde Duitse BGB, en commentaren daarop, omdat het 'klaarder inzicht' bieden kan in de eigen Nederlandse wetgeving. Van dit gebruik van andere rechtsstelsels bij de beoefening van het privaatrecht blijkt in de onderwerpen. Aldus is behalve van een toename in 'afzonderlijke' rechtsvergelijking tevens sprake van rechtsvergelijking binnen het Nederlandse privaatrecht zelf. De redenen daarvoor zijn terug te voeren op de toename van het (handels)verkeer, maar ook in de opmars van de rechtsvergelijking als afzonderlijke discipline en in de opkomst van het internationaal privaatrecht.

Terugtocht van vrije interpretatie, bestendiging van de rechtsvergelijking (1910-1940)

§ 1. Inleiding

A. INLEIDING

Fockema Andreae vraagt kort na de eeuwwisseling aandacht voor de vraag hoe 'het recht op de hoogte van zijn tijd te houden.' Twee wijzen van benadering stelt hij zich als oplossing voor: 'hetzij door gestadige wetsherzieningen, hetzij door vrije hanteering van de wettelijke voorschriften door den rechter (...)'⁶⁰⁵. In beide richtingen wordt een mogelijke oplossing geboden de kloof tussen recht en volk te overbruggen. In de periode van het legisme ligt de nadruk op wetgeving als wijze van aanpassing van het recht. In de volgende periode van de vrije rechtsvinding ligt de nadruk op de rechtspraak door een vrijheid in interpretatie. Geen van beide benaderingen krijgt de overhand. In deze laatste te onderzoeken periode zijn zowel elementen aanwezig van het legisme als van de vrije rechtsvinding. Het gebruik van andere rechtsstelsels wordt bestendigd. Aan de orde komt: de kritiek op de vrijheid in de rechtsvinding (§ 1.B); de herziening van de codificatie, en de wet als uitgangspunt voor rechtsvinding (§ 1.C); het recht als open systeem, en de rechter als uitgangspunt voor rechtsvinding (§ 1.D); de reactie in Frankrijk en Duitsland op de grotere vrijheid in de rechtsvinding (§ 1.E); en, ten slotte, de kennisname van andere rechtsstelsels in de Nederlandse privaatrechts-wetenschap (§ 1.F).

605. Fockema Andreae, J.P., *Moderne Praetuur? Beschouwingen over het jongste verleden en de naaste toekomst van wetstoepassing en rechtshervorming* (1907), p. 1.

B. KRITIEK OP DE VRIJE RECHTSVINDING: TWEE MOGELIJKHEDEN

De vrije rechtsvinding legt het primaat in de rechtsvinding bij de rechter. De rechtspraak neemt die taak niet op zich⁶⁰⁶. De vrijheid zou ook tot rechtsonzekerheid aanleiding kunnen geven. Suijling:

‘Slechts in het voorbijgaan stip ik aan, dat de school van de vrije rechtsvorming ons weer voert naar eene ongewisheid, niet minder groot dan die, waaruit bloedige revoluties ons hebben moeten verlossen. Als zij vasten voet kreeg, zouden wij dus indertijd de uitsluitende heerschappij der wet slechts gevestigd hebben om ten slotte, na een tusschenpoos, de willekeur van den vorst door het believe van den rechter of de administratie te vervangen.’⁶⁰⁷

Volgens Suijling kent de vrije rechtsvinding aan de gerechtigheid (‘een menselijke deugd’) een eigenschap toe die zij niet bezit: namelijk dat het tevens een bron van recht is.

‘Van een menselijke deugd maken zij een bron van recht; van een opwelling van het menschelijk gemoed eene openbaring van het staatsgezag. Dat is hunne eerste groote vergissing.’⁶⁰⁸

De wet en uit de wet afgeleide begrippen (de geest van de wet) zijn voor Suijling de bronnen van het recht. Alleen als er een leemte bestaat beslist de uitlegger naar beginselen die niet uit het recht zijn geput: het geweten, de behoeften van het verkeer of de historische ontwikkeling van het recht: ‘Hoe gebrekkig de afzonderlijke artikelen der wetten al geredigeerd mogen wezen, zij bergen in hun schoot, zij het ook nog zo verschoen, de grote beginselen, die het gehele rechtssysteem schragen.’⁶⁰⁹

Scholtens kritiek staat hooguit naast zijn waardering. Over Hamaker merkt Scholten op dat hij ‘in het wat duffe huis der rechtswetenschap van zijn tijd - waar de wetenschap tot wetgeleerdheid was verschrompeld, een raam openwierp, nieuwe gezichten deed zien, waarvan men geen voorstelling had.’⁶¹⁰ De eenzijdige gerichtheid op vorming van recht buiten de wet om past niet goed in Scholtens visie. Hij stelt rechtsvinding voor als een vrijheid in gebondenheid aan het *rechtssysteem*. Alleen in dit systeem kan nieuw recht kan worden gevonden, want ‘het nieuwe, het eigene, is door al de gegevens van dit systeem beperkt. Het nieuwe kan slechts aarzelend worden uitgesproken - er moet plaats voor zijn.’⁶¹¹ Het systeem is een *open* systeem, omdat het ‘uit zijn aard

606. Zie daarover *Handelingen II* (1912); Florijn, E.O.H.P., (1994), p. 67 ev; Fockema Andreae, J.P. *Tien jaren rechtspraak van den Hoogen Raad. Bijdrage tot de leer der wetsuitlegging* (1904).

607. Suijling, J. Ph., *Het wereldverkeer in het privaatrecht* (1911), p. 7; zie ook *Inleiding tot het burgerlijk recht* deel 1 (2e druk 1927) p. 33-34.

608. Suijling, J. Ph., (1911), p. 10.

609. Suijling, J. Ph., *Inleiding tot het burgerlijk recht*, deel 1 (3e druk, 1948), p. 51-52.

610. Scholten, P., *Algemeen Deel* (1931), p. 241. Zie over Hamaker hoofdstuk 6 § 1.

611. Scholten, P., (1931), p. 173

niet af is en niet af zijn kan, omdat het grondslag is van beslissingen, die aan het systeem iets nieuws toevoegen.’⁶¹² Het recht kan dan worden gevonden door gebruik te maken van een veelheid aan interpretatiemethoden. Zo zijn er twee richtingen te ontwarren: de ene richting legt het zwaartepunt meer op de mogelijkheden die een vrijheid in rechtsvinding biedt voor de rechtspraak (Scholten); de andere op een grotere gebondenheid aan de wet en herziening van wetgeving (Meijers, Suijling).

C. HERZIENING VAN DE CODIFICATIE, EN EEN STERKERE BINDING AAN DE WET

In 1912 is de overheersende mening in de vergadering van de Nederlandse Juristen-Vereniging dat de wetgever te traag werkt om een gehele of gedeeltelijke herziening van het BW aan te kunnen. Een vrije rol van de rechter is daarom noodzakelijk⁶¹³. Ook Meijers is in 1910 nog hiervoor geporteerd: ‘in vele gevallen dwingt de wet zelf tot deze wijze van rechtspreken, doordat zij voor een bepaald geval geen voldoende regeling geeft, of doordat zij uitdrukkelijk den rechter vrij laat naar eigen zelfstandig oordeel te bepalen, wat als recht gelden zal.’⁶¹⁴ Het Duitse, Franse en Zwitserse recht erkennen deze vrijheid van de rechter ten opzichte van de wet, en gaan verder dan het Nederlandse recht. Meijers:

‘Weinig blijft er meer over van de trotsche almacht van de allesregelende codificatie, waar de wet erkennen moet, dat op een zoo uitgebreid gebied als dat der door haar verleende rechten en bevoegdheden zij niet op strenge handhaving harer eigen regelen mag aandringen, maar ook daar de billijkheid of het werkelijke Recht richtsnoer moet blijven.’⁶¹⁵

Later richt hij zich meer op herziening van wetgeving, in 1922 als voorzitter van de vergadering van de NJV⁶¹⁶. In 1927 waarschuwt hij tegen een te grote rol van de rechtspraak en tegen te grote verwachtingen van de rechtspraak in de vorming van recht: ‘slechts binnen enge grenzen, en hoogst fragmentarisch voltrekt zich de hervorming van het recht door de rechtspraak.’⁶¹⁷

Het accent ligt bij Meijers later meer op wet. ‘Aldus blijken van alle kanten de krachten, die in den mensch en in de moderne maatschappij werkzaam zijn, steeds meer de wet tot het hoofdbestanddeel van het burgerlijk recht te maken. Dit echter maakt het voor den staat tot een duren plicht te zorgen dat het wettelijk recht op de hoogte van

612. Scholten, P., (1931), § 17.

613. Florijn, E.O.H.P., (1994), p. 67 ev.

614. Meijers, E.M., De taak der rechtswetenschap ten aanzien der vrije rechtspraak (1910), in: *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen I* (1954), p. 3.

615. Meijers, E.M., *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen I* (1910, 1954), p. 8. Bij wijze van voorbeeld verwijst Meijers naar de Franse rechtspraak inzake ‘abus du droit’, naar § 226 BGB en de Zwitserse codificatie.

616. *Handelingen II* (1922), p. 2 ev.; Meijers, E.M., *Ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek*, Toelichting, deel 1, p. 6; Florijn, E.O.H.P., (1994), p. 83.

617. Zie *Handelingen II* (1912), p. 143; Florijn, E.O.H.P., (1994), p. 67-70.

zijn tijd blijft.'⁶¹⁸ In 1938 pleit Meijers voor een herziening van het BW. De vele gedeeltelijke herzieningen en aanvullingen die het wetboek heeft ondergaan, hebben veroorzaakt dat er vele vormelijke tekortkomingen zijn ontstaan; het verband van het herziene onderwerp met de overige artikelen gaat teloor; de partiële herzieningen bergen het gevaar in zich dat er ad hoc wordt besloten: 'In het burgerlijk recht en in het bijzonder in het vermogensrecht hangen vele onderwerpen zoo nauw samen, dat het gevaarlijk is de herziening ter hand te nemen als een toerist, die naar zijn tijd het toelaat nu eens dit, dan weer dat land bezoekt. De vraag dringt zich steeds krachtiger op, of het stelsel zelf, dat wij bij de herzieningen volgen, wel het juiste is.'⁶¹⁹ Aldus blijft voor Meijers over de algehele herziening van het Burgerlijk wetboek, en hij besluit zijn opstel:

'Laat het rechtsgeleerd Nederland een zoodanig voorstel niet te vlug als onbereikbaar ter zijde stellen, laten wij om een koninklijk woord te gebruiken, er eene eerezaak van maken om datgene aan te vatten, waarin ook een klein volk groot kan zijn.'⁶²⁰

Ook Scheltema is voorstander van herziening van wetgeving maar meende dat het politiek niet haalbaar zou zijn. 'Laat ons dan vooropstellen, dat het o.i. voor de gemeenschap van het hoogste belang is, een rechtsstelsel te hebben, waarin het geldend recht zo volledig mogelijk in wet of wetboek is "geschreven"'⁶²¹, aldus Scheltema in 1938. De waarde van het ongeschreven (rechters) recht naast de wet is geaccepteerd. Toch gaat voor Scheltema de voorkeur uit naar *geschreven* recht, omdat daarmee duidelijkheid en voorspelbaarheid gediend zijn. Een algehele herziening van het BW schijnt hem onbereikbaar, maar duidelijk is wel dat een uitleg dicht bij het geschreven recht dient te liggen. Zo kiest ook Suijling voor een benadering die op tekst en systeem van de wet is gegrondvest⁶²².

618. Meijers, E.M., *De beteekenis der burgerlijke wet in de huidige samenleving* (1927), p. 24 en 26, en in: *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen I* (1954), p. 43.

619. Als voorbeeld noemt Meijers hier de in artikel 25 Motor - en Rijwielwet, later 31 Wegenverkeerswet opgenomen aansprakelijkheid voor auto-ongelukken, terwijl artikel 1403 lid 1 een dergelijke aansprakelijkheid had kunnen omvatten. Meijers, E.M., *Gedenboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938* (1938), p. 58 en p. 60. Zie voorts zijn mening over het relativiteitsvereiste: hij is om wetssystematische redenen tegen een dergelijke vergaande interpretatie, maar zal in zijn ontwerp voor een nieuw BW voor het vereiste wel een plaats innemen. Zie § 5.

620. Meijers, E.M., *Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek* (1954), p. 21; zie ook Lokin, J.H.A., *Waarin ook een klein volk groot kan zijn, Tekst en uitleg* (1994), p. 138 (oorspronkelijk in: *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 1992, p. 2-12).

621. Scheltema, F.G., *De toekomst van het burgerlijk wetboek, Rechtsgeleerd magazijn* 1938, p. 569.

622. Van Dievoet constateert dat deze theoretische verantwoording van methode niet zeer overeenkomt met Suijlings inhoudelijke behandeling: daar gebruikt hij eveneens rechtspraak en doctrine. Van Dievoet, E., (1943), p. 194. Eenzelfde conclusie volgt op grond van dit onderzoek. Suijling blijkt tot verrassende standpunten in staat.

D. RECHT ALS OPEN SYSTEEM: SCHOLTENS METHODE

De tegenstelling tussen Meijers en Scholten in het Gedenboek BW 1838-1938 is bekend: terwijl Meijers herziening voorstaat, karakteriseert Scholten het honderd jaar oude Burgerlijk Wetboek als een 'rustig bezit' en een 'oud, groot huis', waarin de jurist vertrouwd is en zich thuis voelt. Deze tegenstelling is nogal sterk benadrukt maar later terecht gerelativeerd⁶²³. Ook Scholten onderkent de gebreken van het Burgerlijk Wetboek, maar gaat ervan uit dat de gebreken inherent zijn aan een codificatie: 'Het logische element in het recht maakt, dat wij kunnen systematiseren en moeten - het irrationele, historische, dat dit systematiseren nooit volledig slaagt. Het systeem ligt in den aard van het recht. Maar het omvat het recht niet.'⁶²⁴ Het is Scholtens open systeem van het recht, dat zijn milde houding tegenover het oude Burgerlijk Wetboek kan verklaren. Ondanks alle gebreken bevat het Burgerlijk Wetboek 'het gemeen recht, de beginselen van rechtsverkeer: huwelijk, ouderlijke macht - eigendom - contract - schadevergoeding bij onrecht - vererving. Daarin zit veel sterker blijvend element, dan in de details.' Zonder politieke drang is herziening bovendien onwaarschijnlijk.

Scholten presenteert in zijn *Algemeen Deel* een methode van rechtsvinding die zorgvuldig het midden houdt tussen de vrije rechtsvinding en het legisme. Enerzijds geeft hij aandacht aan de 'klassieke' methoden van uitleg zoals de grammaticale, de systematische, de (twee) historische, vervolgens de 'sociologische of teleologische' interpretatie (uitlegging naar het doel van het voorschrift, naar het verband met de maatschappelijke toestanden), de analogie en rechtsverfijning door gebruik van rechtsbeginselen. Scholtens systeem van het recht wordt door hem als een open systeem betiteld: niet alleen door een logische redenering wordt het recht gevonden. Er bestaat 'altijd het oordeel van hem, die beslist, dat mede de toepassing bepaalt'. Wetgever en rechter, de twee machten die de legisten zo gescheiden zagen, vertonen in Scholtens theorie meer overeenkomst, zo 'dat bij den eerste de vrijheid primair is, bij den tweede de gebondenheid, de eerste *in* de schepping van het nieuw toch altijd gebonden blijft aan de handhaving van het oude, de tweede *in* de handhaving toch altijd weer iets nieuws aan het bestaande toevoegd.'⁶²⁵ Het is door de waardering ('in de beslissing zit ten slotte altijd een sprong') dat de rechter dat nieuwe aan het recht toevoegt. De erkenning van de aanwezigheid van deze 'sprong' is een erfenis van de vrije rechtsvinding. Met behulp van deze methoden moet de beslissing, het nieuwe worden verantwoord. Bij Scholten ligt het accent bij de rechtsvinding meer op de interpretatievrijheid van de rechter. Die vrijheid

623. Scholten, P., *Gedenboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*, (1938), p. 30-31; daartegen: Meijers, E.M., (1938), p. 61. Zie Lokin, J.H.A., en W.J. Zwalve, (1992), p. 287; Florijn, E.O.H.P., (1994) p. 87.

624. Scholten, P., De codificatie-gedachte voor honderd jaar en thans, *Gedenboek Burgerlijk wetboek 1838-1938* (1938), p. 24.

625. Scholten, P., (1931), p. 102-103. Zie over Scholten, het legisme en de vrije rechtsvinding ook: Corjo Jansen en Mea de Ruiter, *Het Algemeen Deel: Asser-Scholten en Asser-Vranken in rechtshistorisch perspectief*, *Recht en Kritiek* 22 (1996), p. 5-26; Van Dievoet, E., (1943), p. 195-202.

bij de interpretatie wordt in het nieuwe Burgerlijk Wetboek opgenomen⁶²⁶. Het nieuwe BW kent een groot aantal vage begrippen en open normen, die aan de rechter een grote mate van vrijheid laten; een vrijheid binnen het systeem van de wet⁶²⁷.

E. DE REACTIE OP VRIJE INTERPRETATIE IN DUITSLAND EN FRANKRIJK

1. Ontwikkelingen in Frankrijk

In de Franse privaatrechtsgeschiedenis wordt de strijd tussen voorstanders van herziening van het burgerlijk recht door de wetgever en voorstanders van een grotere vrijheid van interpretatie door de rechter (Geny en Saleilles) duidelijk in het voordeel van de tweede groep beslist. Een nieuwe Code civil is er, ondanks enige voorbereidende werkzaamheden door enkele commissies, niet gekomen⁶²⁸. Ballot-Beaupré verwoordde de heersende mening, de 'libre recherche scientifique', zoals die door Geny en Saleilles werd voorgestaan, tijdens het eeuwfeest van de Code civil:

'(...) j'estime que le juge, alors, a les pouvoirs d'interprétation les plus étendues; il ne doit pas s'attarder à rechercher obstinément quelle à été, il y a cent ans, la pensée des auteurs du Code en rédigeant tel ou tel article, il doit se demander ce qu'elle serait si le même article était aujourd'hui rédigé par eux; il doit se dire qu'en présence de tous les changements, qui, depuis un siècle, se sont opérés dans les idées, dans les moeurs, dans les institutions, dans l'état économique et social de la France, la justice et la raison commandent d'adapter libéralement, humainement, le texte aux réalités et aux exigences de la vie moderne.'⁶²⁹

Planiol, Demogue en Capitant kennen allen in hun commentaren op de Code civil, de rechtspraak en een grotere vrijheid in de rechtsvinding, een belangrijke plaats toe⁶³⁰. Zo stelt Planiol: 'A la longue, il s'est formé ainsi une tradition doctrinale qui, malgré son originalité, n'avait pas de valeur pratique. J'ai jugé qu'il était inutile de maintenir ce divorce. A quoi bon enseigner encore, comme étant la formule du droit français actuel, des théories qui ne sont ni écrites dans les lois, ni admises en jurisprudence?'⁶³¹ De rechtswetenschap moet aandacht schenken aan de jurisprudentie. De rechtspraak is vrij in haar interpretatie, maar deze vrijheid is niet zo groot als die van de rechtswetenschap: die laatste is immers geheel theoretisch, de eerste heeft een oplossing te vinden 'la plus juste et la meilleure' in het voorliggende geval. De rechtsvinding

626. Meijers, E.M., *Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek*, Toelichting, (1954), p. 9.

627. Zie daarover Hartkamp, A.S., *Wetsuitleg en rechtstoepassing na de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek* (1992), met name hoofdstuk 7.

628. Zie Lokin, J.H.A., en W.J. Zwolve, (1992), p. 183; Colin, A. en H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil Français* (4e druk 1923), p. 20-24, waarin een zekere voorkeur voor een gehele herziening uitgesproken wordt; Ghestin, J., en Goubeaux, G., (1990), nr. 153.

629. Als geciteerd in: Van Dievoet, E., (1943), p. 126.

630. Van Dievoet, E., (1943), p. 124; Coing, H., (1989), p. 37.

631. Ook omdat de rechtenstudie bij de praktijk aan zou moeten sluiten dient zij veel meer aandacht aan de jurisprudentie te schenken. Planiol, M., *Traité élémentaire de droit civil* deel 1 (8e druk, 1920), p. ix.

door de rechtswetenschap 'n'a d'autre utilité que la conviction qu'elle peut faire pénétrer dans l'esprit du juge.' Welke wijzen van rechtsvinding zijn er in Planols beschrijving? De wijze varieert naarmate de wet onduidelijker is, zwijgt, of tegenspraak vertoont. Vrijheid is er met name in het geval de wet zwijgt. Dan kan de uitlegger de grootste vrijheid nemen en interpreteren naar analogie of a-contrario. 'l'Esprit général des lois' en 'les principes généraux du droit' moeten in acht genomen worden. Geenszins verdwijnt de logische methode geheel naar de achtergrond, maar '(...) elle doit être tempérée par des considérations d'utilité et d'équité.' Er moet altijd voor worden gewaakt dat een strikt logisch uitgelegde wet zich niet van zijn eigen doel verwijderd, een doel 'qui est le bien social'⁶³². Capitant wijst op de nadelen die kunnen kleven aan een grotere rechterlijke vrijheid van interpretatie. Hij wijst op het gevaar van deze vrijheid. De rechtspraak kan het geschreven recht aanpassen maar dat moet met voorzichtigheid gepaard gaan: 'Elle ne révolutionne pas, elle adapte. Et par elle, en conséquence, le progrès juridique se développe d'une manière moins brusque, dans un rythme plus naturel (...) et suivant la ligne de la tradition.'⁶³³ De interpretatievrijheid bestaat voor elk van de genoemde schrijvers, het is niet meer de vraag of er vrijheid is, maar hoe groot deze vrijheid mag zijn. Soms was zij zeer groot. De toepassing die de rechtspraak heeft gegeven aan artikel 1384 Cc wordt door Ghestin genoemd als het meest sprekende voorbeeld⁶³⁴.

De rechtsvergelijking komt in deze periode sterk op. De Parijse hoogleraar Saleilles, veelvuldig in de Nederlandse rechtswetenschap aangehaald, bezet vanaf 1892 de eerste leerstoel voor rechtsvergelijking, 'de droit civil approfondi et comparé.' Een gemeenschappelijk recht, of een unificatie van verscheidene rechtssystemen wordt (door onder meer Saleilles en Lambert) als doel gezien op het rechtsvergelijkende congres dat in 1900 te Parijs wordt gehouden⁶³⁵. Rechtsvergelijking houdt zich bovendien met meer bezig dan met wetsvergelijking:

'Il en est tout naturellement arrivé à considérer que le droit comparé ne pouvait pas se limiter à la simple correspondance d'une règle de droit national avec une règle de droit étranger. Derrière la règle de droit formulée par la loi, il s'est efforcé de retrouver l'esprit de la législation toute entière dans laquelle cette règle de droit doit prendre place. Conscient de l'évolution d'une doctrine qui se dégageait, à la fin du XIX^e siècle, de la simple exégèse pour s'appliquer à la critique des textes et à la prise en considération des solutions jurisprudentielles, il a voulu, dans le domaine du droit comparé, s'attacher également aux solutions de la jurisprudence

632. Planiol, M., (1920), p. 86.

633. Colin, A. en H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil Français* (4e druk, 1923), p. 36.

634. Ghestin, J. en Goubeaux, G., (1990), nr. 151; zie over de aandacht die de Franse rechtspraak over artikel 1384 in de Nederlandse literatuur ontving: hoofdstuk 6 § 2.C.

635. Zie daarover Marc Ancel, La tendance universaliste dans la doctrine comparative Française au début du x^e siècle, *Festschrift für Ernst Rabel*, deel 1 (1954), p. 17. De volgende jaren worden door Sauveplanne gekarakteriseerd door toename en verdieping van de rechtsvergelijking. Sauveplanne, J.G., in: Kokkini-Iatridou, D., *Een inleiding tot het rechtsvergelijkend onderzoek*, (1988), p. 46-47.

comme aux besoins de la pratique, et rechercher, derrière cette pratique et cette jurisprudence, les raisons profondes des solutions législatives.' ⁶³⁶

Deze verandering in de wijze waarop het recht wordt vergeleken loopt parallel aan de wijze van beoefening van het privaatrecht: van een op tekst en systeem van de wet gerichte uitleg naar een uitleg waarbij de maatschappij wordt betrokken. Ook civilisten ruimen een plaats in voor rechtsvergelijking in de beoefening van het privaatrecht:

'Notons, en passant, une nouvelle fonction assignée à la science juridique par des écrivains, plus audacieux encore. Cette fonction consisterait à tirer de l'étude des législations étrangères, et de leur rapprochement avec la nôtre, les grandes lignes d'un Droit commun législatif qui, en attendant la formation de groupements nouveaux de peuples, plus étendus que nos patries actuelles, éclairerait l'interprétation des diverses lois nationales de manière à leur faire produire ensemble des solutions aussi conformes que possible à la moyenne des aspirations communes au monde civilisé. Il est évident que, si la Doctrine du XXe siècle pouvait jamais jouer un rôle aussi élevé, sa mission acquerait une importance et une grandeur qui ne lui laisseraient rien à envier à nos grands jurisconsultes d'autrefois.' ⁶³⁷

2. Ontwikkelingen in Duitsland

De Freirechtschule kent een grote aanhang rond de eeuwwisseling. Een grote nadruk wordt op de rechtsvorming door de rechter gelegd ⁶³⁸. In diezelfde tijd, waarin eerst de Interessenjurisprudenz, wat later de Freirechtschule opkomen, wordt het BGB tot stand gebracht. De combinatie van een privaatrechtelijke codificatie met een rechtswetenschap die een weinig starre dogmatische houding heeft is een illustratieve combinatie. Zij laat zien dat een zeer op de wettekst gerichte wetenschap niet het noodzakelijk gevolg behoeft te zijn van die codificatie. Niets was minder waar: het bleek reeds uit de houding van de juristen uit de Freirechtschule zoals Erlich, die, we zagen het in het vorige hoofdstuk, bepaald niet tegen een codificatie waren, maar tegen een starre dogmatische rechtswetenschap ⁶³⁹. Schlosser ziet een eerste periode die nog zeer door het positivisme wordt ingekleurd, en een sinds 1920 toenemende invloed van Interessenjurisprudenz en Freirechtschule ⁶⁴⁰. De combinatie van een nieuwe codificatie en een ruime uitleg komt het meest fraai tot uiting in het in 1912 totstand gebrachte Zwitserse Zivilgesetzbuch. Daarin wordt aan de rechter een expliciete vrijheid gegeven in de uitleg: de rechter mag in geval van leemten die regel toepassen die hij *als wetgever zou opstellen*. Artikel 1 ZGB:

636. Ancel, M., (1954), p. 20.

637. Colin, A. en H. Capitant (1923), p. 34. Iets minder optimistisch is Boulanger: Ripert G., en Boulanger, J., *Traité élémentaire de droit civil de Planiol*, deel 1 (5e druk, 1950), nr. 176.

638. Zie Köbler, G., *Deutsche Rechtsgeschichte* (5e druk, 1996), p. 189.

639. Zie hoofdstuk 6 § 1.D.2.

640. Schlosser, H., (1985), p. 136-137; Wieacker, F., (1967), p. 514-515.

Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält.

Kann dem Gesetze keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde.

Er folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung.

Een van de redenen voor de opname van deze bepaling is de ervaring uit het verleden, die leerde dat overschatting van de wet tot merkwaardige interpretaties aanleiding geven kon: 'jene Gesetzesgläubigkeit, die dem Gesetz eine unbegrenzte Leistungsfähigkeit zumutet und die deshalb "alles und jedes und wäre es mit dem bedencklichsten Interpretationskünsten aus dem Gesetze abzuleiten" unternimmt.'⁶⁴¹ Vanaf 1933 wordt de mogelijkheid van een ruime interpretatie door de nationaal-socialistische dictatuur misbruikt⁶⁴². Beschouwingen in algemene zin over de Duitse rechtswetenschap in die periode kunnen hier verder achterwege blijven. Ook in Duitsland komt de rechtsvergelijking na 1900 op. Een buitengewoon grote invloed wordt op dat gebied uitgeoefend door Rabel, de grondlegger van de moderne Duitse rechtsvergelijking⁶⁴³.

F. ANDERE RECHTSSTELSLS EN KENNISNAME IN NEDERLAND

In *Themis* maken de verwijzingen naar Nederlandse bronnen het leeuwedeel uit: 71%. Naar Franse bronnen wordt in 11% verwezen, naar Duitse in 9%, naar Romeins recht in 4% en naar andere stelsels, te weten België en Oostenrijk, incidenteel, respectievelijk 3 en 6 keren⁶⁴⁴. In een deel van Suijlings *Inleiding* wordt in 69% verwezen naar een Nederlandse bron. Naar Frans recht verwijst hij in 16% van de gevallen; naar Duits recht in 10%, en naar Zwitsers recht in 5%. In twee jaargangen (1929 en 1930) geeft *Themis* 24 artikelen, waarvan er 1 gericht is op het Duitse recht. Van de 57 aankondigingen en besprekingen in hetzelfde tijdschrift zijn er vijf die betrekking hebben op Duits recht. Het *Rechtsgeleerd Magazijn* geeft de volgende aantallen: 20 artikelen, waarvan 1 betrekking heeft op een ander rechtstelsel; 107 besprekingen en aankondigingen, waarvan 13 betrekking hebben op boeken die op het Duitse recht zijn gericht; 5 op het Franse en 1 op het Belgische recht.

1. Rechtsvergelijking als afzonderlijke discipline

De rechtsvergelijking ontstaat, na een aarzelend, en hoofdzakelijk wetsvergelijkend begin, eerst echt na 1900 als een afzonderlijke discipline. Dat geschiedde in Frankrijk,

641. Egger, A., *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Einleitung und Personenrecht* (1930, 1978), p. 45; Schlosser, H., (1985), p. 147.

642. De zogenaamde 'unbegrenzten Auslegung'. Zie Köbler, G. (1996), p. 229; Schlosser, H., (1985), p. 138-139; Wieacker, F., (1967), p. 514-515.

643. Max Rheinstein in: *Festschrift für Ernst Rabel*, deel 1 (1954), p. 1.

644. Zie bijlage.

in België, in mindere mate in Duitsland, maar ook in Nederland. Opvallend is de parallel tussen de verandering in de methoden van rechtsvinding en de verandering van de rechtsvergelijking. Beide richten zich meer op het recht in de praktijk⁶⁴⁵. Over de methoden van de rechtsvergelijking laten Hoetink, Winkel en Kisch zich uit⁶⁴⁶. Uit hun geschriften spreken dezelfde kwesties die sinds de eeuwwisseling rechtsvergelijkers had beziggehouden: de wending van de rechtswetenschap naar de maatschappij komt aan de orde, maar ook een mogelijk gemeenschappelijk recht. Zo bij Hoetink: 'Maar alleen de diepere, werkelijk begrijpende kennis van vreemde rechten kan ons de oogen openen voor de meest algemeene grondlijnen en de overal aanwezige beginselen die aan alle menselijke rechtsvorming ten grondslag liggen.' Hoetink spreekt over 'gemeenschappelijke boventijdelijke grondstructuren van alle recht.' Een van Winkels doelen van de rechtsvergelijking is een 'unificatie aller rechtsstelsels' en bovendien moet de beoefening geschieden in samenhang met sociale verschijnselen. Winkel heeft oog voor de aanwezigheid van rechtsvergelijking in het gehele recht: de wetgever maakt ervan gebruik en in de doctrine wordt naar buitenlandse ontwikkelingen verwezen. Kisch is wat genuanceerder over die unificatie van rechtsstelsels:

'Een goed is zij daar, waar de diversiteit des rechts als een euvel wordt gevoeld, en het recht niet sterk nationaal is gebonden. Een kwaad is zij daar, waar het recht sterk nationaal is gebonden, en de diversiteit des rechts als euvel niet wordt gevoeld.'

Aan rechtsvergelijking als afzonderlijke discipline wordt aldus ook in Nederland gedaan. Maar, anders dan bijvoorbeeld in Frankrijk, vooralsnog niet in georganiseerd verband: een Nederlandse vereniging voor rechtsvergelijking wordt eerst in 1968 opgericht. Leerstoelen voor internationaal privaatrecht worden onder meer door Meijers en door Suijling bezet⁶⁴⁷.

2. *Rechtsvergelijkende argumenten*

Maar er is meer dan een afzonderlijke discipline van rechtsvergelijking, Winkel constateerde de aanwezigheid van rechtsvergelijking in het privaatrecht. De opkomende beoefening van de rechtsvergelijking gaat gepaard met een toename van gebruik van rechtsvergelijking binnen de privaatrechtelijke discussie. Het afzonderlijke rechtsvergelijkende argument krijgt vaste voet in het Nederlandse privaatrecht. Af en toe stuit het nog op grote weerstand, zoals bij Wttewaal in de discussie over artikel 2014. Voor hem

645. Het gehele recht lijkt in deze verandering betrokken, waaronder de rechtsvergelijking. Deze constatering biedt meer inzicht dan de beschrijving alsof de rechtsvergelijking zich geïsoleerd veranderde onder invloed van die sociologische notie. Zie Sauveplanne in: Kokkini-Iatridou, D., (1988), p. 46-47.

646. Hoetink, H.R., *Over het verstaan van vreemd recht* (1929), in: Ankum, J.A., e.a. (ed), *Rechtsgeleerde opstellen* (1982), p. 21-61, met name p. 50; Winkel, H., *De methode der rechtsvergelijking* (1936); Kisch, I., *Rechtsvergelijking en handelsrecht* (1935), p. 5.

647. Zie Steenhoff, G.J.W., *De wetenschap van het internationaal privaatrecht tussen 1862 en 1962* (1994), p. 190.

was een beroep op het andere, moderne recht 'waardeloos'⁶⁴⁸. Veel vaker wordt het beroep op ander recht aanvaard, en geaccepteerd of ten minste serieus bestreden. Die uiteindelijke acceptatie blijkt fraai uit het gebruik dat werd gemaakt van rechtsvergelijking bij de totstandkoming van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Bij de beslissing over vrijwel ieder punt heeft rechtsvergelijking een rol gespeeld⁶⁴⁹. Ook in dit onderzoek wordt veel van andere stelsels gebruik gemaakt. Door Suijling bijvoorbeeld wordt Planiols onderscheid tussen gevaarlijke en niet-gevaarlijke zaken in artikel 1403 gelezen. De ruime uitleg van artikel 1384 in de Franse rechtspraak wordt als mogelijkheid aangereikt voor een ruime uitleg van artikel 1403. In het Franse recht worden door Meijers medestanders gevonden voor zijn uitgangspunt dat bezit van roerend goed gelijk is aan eigendom. Scholten vindt in het Franse recht ondersteuning voor aspecten van de legitimatieleer. Het privaatrechtelijk eigendomsbegrip vindt onderbouwing door gebruik van het Franse en Duitse recht. Meijers over Planiols handboek: 'Planiols werk getuigt op bijna iedere bladzijde van een oorspronkelijken, historischen of critischen kijk op de rechtsinstellingen. Oorspronkelijkheid heb ik in het werk van Colin et Capitant tot op heden weinig kunnen ontdekken.'⁶⁵⁰ Van beide commentaren wordt door Meijers (en anderen) ruim gebruik gemaakt. De oriëntatie van de Nederlandse civilist op de buitenlandse rechtsstelsels is groot. Volgens Kisch ligt daarin juist de reden dat pas zo laat een Nederlandse vereniging voor rechtsvergelijking is opgericht. 'Thus, the Netherlands lawyer, for five-score years, has been a comparatist sans le savoir.'⁶⁵¹ Het gebruik van andere rechtsstelsels in de privaatrechtelijke doctrine krijgt steun door de bestending van de rechtsvergelijking.

§ 2. Aansprakelijkheid voor zaken

A. SCHULD ALS DOGMATISCH UITGANGSPUNT?

De grondslag van de aansprakelijkheid, door Scholten en Bruins gezien in het economische voordeel van de schadeveroorzakende handeling, of in het veroorzaakte gevaar, wordt door het wetsontwerp Regout expliciet in schuld gelegd. In het wetsontwerp voor de onrechtmatige daad (1911) wordt ook voor de aansprakelijkheid voor zaken een aparte bepaling opgenomen, die geldt voor alle zaken⁶⁵². In de MvT wordt dit schuldbe-

648. Zie § 3.B.

649. Meijers, E.M., *Ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek*, Toelichting (1954), p. 8; Florijn, E.O.H.P., (1994), p. 112-113.

650. Meijers, E.M., Nieuwere burgerrechtelijke literatuur, *WPNR* 2737 (1922), p. 265.

651. Kisch, I., By way of introduction, in: *Netherlands reports to the VIIIth international congress of comparative law*, Pescara 1970.

652. *Weekblad van het Recht*. 9099 (1911), p. 1. Artikel 1406 van dat ontwerp luidde: Indien schade wordt toegebracht door een dier of door eenige andere zaak, dan berokkent degene, aan wiens schuld te wijten is, dat de schade toegebracht wordt, zelf die schade door eene onregmatige daad. De eigenaar wordt, behoudens bewijs van het tegendeel, geacht de schade door zijne schuld te hebben berokkend. Met den

ginsel uitdrukkelijk verwoord en wordt overwogen dat '(...) die aansprakelijkheid behoort te drukken op hem, aan wiens schuld te wijten is, dat het bepaalde rechtsobject de schade veroorzaakt heeft (...)'. Daarbij is sprake van een bewijsvermoeden. In het parlement wordt dit voorstel met veel kritiek onthaald: gewezen wordt op Scholten en Bruins, die beiden wijzen op de mogelijkheid van een schadevergoedingsplicht buiten schuld. De regering voelt niets voor een aansprakelijkheid buiten schuld: 'eene dergelijke bepaling (komt), voor zoover bekend, nergens ter wereld in eenige wetgeving van een beschaafd land voor.' Een uitzondering maken voor bijzondere gevallen, zoals schade veroorzaakt door auto's komt de regering niet noodzakelijk voor, 'wanneer de wetgever het oog gevestigd houdt veeleer op de gebleken behoeften van het eigen land dan op de vruchten van buitenlandsche legislatieve werkzaamheid.'⁶⁵³ Eyssell keert zich eveneens op felle wijze tegen een andere grondslag voor aansprakelijkheid. Daarbij zet hij zich zeer sterk af tegen de Franse uitleg in de rechtspraak van artikel 1382 (en 1384 Cc):

'Zoo vaak uit een zamenloop van omstandigheden, waarin doodrustige voorbijgangers betrokken raken, schade geboren wordt, is niet meer de vraag of zoo'n voorbijganger eenige schuld aan die schade heeft, maar wordt in de doctrine en jurisprudentie slechts leukjes gevraagd: a-t-il créé un risque? en gelukt het eenen handigen eischer den regter te beduiden dat 's mans aanwezigheid op den weg een "risico" voor den beschadigde heeft opgeleverd, dan wordt die bloote aanwezigheid, als ware de man een woeste paardrijder of een niets ontziende chauffeur, onder het bereik van art 1382 gebracht; vonnissen waarvoor ik geene andere bestempeling dan die van juridische uitspattingen weet, komen tegenwoordig steeds vaker in de Fransche verzamelingen van regtspraak voor.'⁶⁵⁴

In de Franse doctrine vindt Eyssell steun bij Planiol: een andere grondslag dan schuld 'est incompatible avec les textes actuels du Code.'⁶⁵⁵ Ook de Duitse jurisprudentie 'maakt kromme sprongen..' volgens Eyssell. 'Zonder schuld is eene onregmatige daad onbestaanbaar.'⁶⁵⁶

Een omkering van bewijslast wordt steeds meer voorgestaan, hetzij vervat in een algemene bepaling, zoals in het ontwerp Regout, hetzij in afzonderlijke wetgeving, toegesneden op bijzondere zaken. Deze ontwikkeling is vergemakkelijkt door de voorbeelden van verlichting van het schuldvereiste door wetgevingen van omringende landen, door de ruime uitleg van Laurent en in de Franse jurisprudentie, en door de pogingen een

652.→

behoudens bewijs van het tegendeel, geacht de schade door zijne schuld te hebben berokkend. Met den eigenaar wordt te dezen opzichte gelijk gesteld de laatste eigenaar van eenige zaak, die ten tijde, dat de schade toegebracht werd, aan niemand toebehoorde.

653. *Weekblad van het Recht* 9459 (1913), p. 1.

654. Eyssell, A.Ph.T., Het wetsvoorstel omtrent de onregmatige daad en de regtszekerheid, *Themis* 1911, p. 601-602.

655. Planiol, M., *Traité élémentaire de droit civil*, deel 2 (5e druk, 1909), p. 315.

656. Eyssell, A.P.Th., (1911) p. 568-617, p. 601-604.

andere grondslag voor de onrechtmatige daad te vinden. Behalve deze oplossing stelt Suijling een andere weg voor. Een weg die eveneens het midden houdt tussen een enge uitleg waarin schuld door de gelaedeerde bewezen zal moeten worden, en een ruime uitleg, zoals in de Franse jurisprudentie wordt aangehangen. In Suijlings oplossing, waarin artikel 1403 een centrale rol speelt, vallen niet alle zaken onder de omkering van de bewijslast, maar alleen de gevaarlijke zaken.

B. DE BESTAANDE WETGEVING RUIM UITGELEGD?

1. In het Nederlandse recht

a. De terughoudendheid in de ruime uitleg

Voor alles wordt in Nederland gepleit voor een zekere terughoudendheid in de ruime uitleg.

'Men zal eerder tot de conclusie moeten komen, dat, indien men voor de aansprakelijkheid voor auto-ongelukken den bewijslast wenscht om te keeren, het beter is dit als een uitzonderingsgeval uitdrukkelijk te bepalen, zooals dit bij ons is geschied, dan de oplossing te zoeken in een voor vele gevallen gewrongen toepassing van art. 1403.'⁶⁵⁷

De leer waarbij de eigenaar van een zaak ongeacht schuld aansprakelijk zou zijn is 'niets minder willekeurig dan het eenvoudig laten van de schade voor rekening van hem, dien zij heeft getroffen,' zo wordt in navolging van Esmein opgemerkt⁶⁵⁸. Van Oven meent dat een algemene aansprakelijkheid zonder schuldvereiste ten koste gaat van de rechtvaardigheid⁶⁵⁹. Er zijn echter wel bepaalde zaken die gevaarlijk zijn, en daarvoor mag afgeweken worden van het schuldbeginsel in afzonderlijke wetgeving. Daar moet het beginsel van gevaarstelling uitgangspunt zijn voor aansprakelijkheid⁶⁶⁰. De reserve ten aanzien van een vrije toepassing van artikel 1403 is algemeen⁶⁶¹. Deze terughoudende uitleg reflecteert de wijze waarop in de rechtspraak artikel 1403 werd uitgelegd: in de overgrote meerderheid van de uitspraken wordt voor het aannemen van aansprakelijkheid op grond van 1403 gewoon schuld vereist. Maar in vele gevallen

657. Nog eens de aansprakelijkheid bij automobiel-ongelukken, *Weekblad van het Recht* 11732 (1927), p. 8. Zie ook: Rechter of wetgever, *Weekblad van het Recht* 11910 (1929), p. 1.

658. Nieuwe Fransche rechtspraak over aansprakelijkheid voor zaken, die men onder zijn opzicht heeft, *Nederlands Juristenblad* 1929, p. 233.

659. Van Oven, J.C., Schade veroorzaakt door dieren, gebouwen en andere zaken, *Nederlands Juristenblad* 1926, p. 109. Zie hoofdstuk 6 § 7.D; HR 6 maart 1924, *NJ* 1924, p. 507.

660. Van Oven, J.C., (1926), p. 115-117

661. Oppenheim, A.S., in een bewerking van Veegens, J.D., *Schets van het Nederlandsch Burgerlijk Recht*, deel 3 (2e druk, 1917) p. 126. Zo Polak, C.H.F., in een bewerking van Veegens, J.D., en A.S. Oppenheim, *Schets van het Nederlandsch Burgerlijk Recht*, deel 3 (4e druk, 1934); Anten, J.H.A.M., Rondom artikel 1403 BW, *WPNR* 3206 (1931); zo ook De Savornin Lohman, W.H., *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek*, deel 4 (2e druk, 1907), p. 325.

wordt het bewijs van die schuld gemakkelijk geleverd: uit de gestelde feiten volgt vaak de schuld⁶⁶².

b. Suijlings middenweg

Van een terughoudendheid blijkt ook bij Suijling: de ruime Franse uitleg gaat hem te ver: '(...) zoo wordt men echter onrechtvaardig tegenover den gebruiker'. Hij laat zien dat een middenweg mogelijk is tussen de heersende Nederlandse uitleg, waarbij schuld aangetoond zal moeten worden door de benadeelde, en de Franse jurisprudentie, waarbij een omkering van de bewijslast het uitgangspunt is. Suijling maakt een onderscheid tussen van nature gevaarlijke zaken of zaken die alleen in gevaarlijke toestand gebruikt kunnen worden aan de ene kant, en zaken die alleen gevaarlijk worden door onoordeelkundig gebruik. Wanneer sprake is van een zaak van de eerste categorie, is het voor de eiser makkelijker de vordering te staven. Hij hoeft slechts te bewijzen dat schade is geleden door de 'gemeengevaarlijke zaak' en dat de aangesproken persoon het toezicht over de zaak had. De vordering

'zal dus worden toegewezen, tenzij de gedaagde aantoont, dat hem bij uitzondering geen aansprakelijkheid treft. Dat doet hij door te bewijzen dat hij onder de omstandigheden van het geval niet behoefde te rekenen met het bestaan van het getroffen belang, of dat de schade in een overmachtsfeit hare oorzaak vindt (...)'⁶⁶³

Wanneer schade is veroorzaakt door een zaak uit de tweede categorie, is de bewijslast zwaarder. Dan zal tevens bewezen moeten worden dat de zaak niet zorgvuldig is gebruikt. Aldus bewerkstelligt Suijling een ruime toepassing van artikel 1403 lid 1 op gevaarlijke zaken. 'Het verkeer brengt de gebreken van het gebezigd instrument ten laste van den handelenden mensch.'⁶⁶⁴ Een oplossing, in het Franse recht uitgesproken in een arrest van het Cour de Cassation uit 1927⁶⁶⁵, in het bijzonder voorgesteld en verdedigd door Ripert, maar op weerstand gestuit in de literatuur⁶⁶⁶, en reeds in

662. Rb. Amsterdam, 25 mei 1904 in: *Weekblad van het Recht* 8239 (1905); HR 15 februari 1907, in *Weekblad van het Recht* 8500. Gerechtshof Amsterdam, 7 mei 1917, *Weekblad van het Recht* 10151; in HR 6 maart 1924, *Weekblad van het Recht* 11192 wordt de schuld verondersteld aanwezig te zijn. Aansprakelijkheid op grond van 1403 werd aangenomen in een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam, waarbij bij het lossen van een schip een kabel brak. Uit dit breken nu volgde schuld van gedaagde. Rb Rotterdam 9 maart 1925, *NJ* 1926, p.35; en in: *Weekblad van het Recht* 11356. In een uitspraak van de Rechtbank Den Bosch wordt artikel 1403 ten grondslag gelegd aan een vordering tot schadevergoeding en toegewezen. In die zaak was sprake van een van een rijdende auto afgelopen wiel, waardoor een passant werd getroffen. In die feiten nu werd door de rechtbank schuld van de automobilist aanwezig geacht. Rb. 's-Hertogenbosch, 8 februari 1929, *Weekblad van het Recht* 12042.

663. Suijling, J.Ph., *Inleiding tot het burgerlijk recht*, 2e stuk, 2e gedeelte (2e druk, 1936), nr. 563, p. 268-269.

664. Suijling, J.Ph., (1936), nr. 563, p. 270.

665. 21 februari 1927, D. 1927.1.97.

666. Mazeaud, H., et L. Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, deel 2 (2e editie, 1934), nr. 1227 ev, p. 173 ev.

1930 weer verworpen door de hoogste Franse rechter⁶⁶⁷. De scheidslijn tussen beide soorten zaken is in Suijlings visie echter niet heel duidelijk: zo kunnen sommige zaken soms 'gemeengevaarlijk' zijn, soms ook niet. Een stilstaande, of een 'goed' gereden auto is geen 'gemeengevaarlijk' voorwerp, echter

'onder bepaalde omstandigheden kan een auto tot een gemeengevaarlijk voorwerp worden. De snelheidsmaniak, die zijn 150 km. per uur haalt, bedient zich van een voorwerp, dat drager is van niet meer naar willekeur te beheerschen krachten. En gemeengevaarlijk is zelfs iedere auto, die op de plaats waar en onder de omstandigheden, waarin de wagen zich bevindt, zóó gereden wordt, dat de bestuurder niet langer bij machte is de bewegingen van het voertuig te regelen overeenkomstig de eischen van een veilig en geordend verkeer. Door aan te toonen, dat de auto gereden werd op zulk een manier, dat de bestuurder niet ten volle met de belangen van andere weggebruikers kon rekenen, bewijst de benadeelde, dat de wagen door de schuld van den chauffeeerenden knecht - schuld die voor rekening van den meester komt - tot een gemeengevaarlijk voorwerp was geworden.'⁶⁶⁸

In deze opvatting is schuld eenvoudiger aan te tonen naarmate de zaak gevaarlijker is. Het onderscheid in de gevaarlijke zaken, zoals dat door Suijling geïllustreerd wordt aan de hand van de auto, is met name van belang, omdat het sterk contrasteert (en Suijling presenteert het ook op die wijze) met de Franse rechtspraak, waarin een auto steeds als een gevaarlijk voorwerp wordt gezien⁶⁶⁹.

2. In het Franse recht

Een zeer uitgebreide leer van de aansprakelijkheid voor zaken heeft zich in het Franse recht op grondslag van 1384 Cc gevormd, in de doctrine en in de jurisprudentie. Daarvoor verschaftte Laurent de basis. In de Franse rechtspraak wordt door het Cour de cassation sinds 1896 een ruime uitleg gegeven⁶⁷⁰. Scholten schetst de uitspraak als een voorbeeld van risico-aansprakelijkheid. Maar was dat ook zo? De vraag naar de grondslag van aansprakelijkheid heeft de discussie in Frankrijk jarenlang beheerst. Is sprake van een risico-aansprakelijkheid, een responsabilité purement objective, zoals Saleilles beweert, of moet in de schuld, faute, de grondslag worden gevonden, zoals Planiol verdedigt⁶⁷¹? Het is de wetgever die met een tweede lid tussengevoegd in artikel 1384 Cc de grondslag in de schuld heeft gelegd: in één bijzonder geval (het ontstaan van brand) wordt expliciet uitgemaakt dat de benadeelde dient te bewijzen dat

667. Reeds drie jaren later: 13 februari 1930, D.P. 1930. I. 157; Esmein, P., *Traité pratique de droit civil Français par Marcel Planiol et Georges Ripert*, deel 6 (2e druk, 1952), nr. 615, p. 863-864.

668. Suijling, J.Ph., (1936), p. 271.

669. Suijling, J.Ph., (1936), p. 273. Zie ook Nieuwe Fransche rechtspraak over aansprakelijkheid voor zaken, die men onder zijn opzicht heeft, *Nederlands Juristenblad* 1929, p. 233.

670. Zie hoofdstuk 6 § 2.C.3.

671. Planiol, M., *Traité élémentaire de droit civil*, deel 2 (5e druk, 1909), p. 317. Ripert heeft eveneens forse kritiek op de grondslag. Eenheid in het aansprakelijkheidsrecht is daarvoor Riperts belangrijkste reden. Een omkering van de bewijslast is voldoende. Ripert, G., in: Ripert, G. en J. Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil de Planiol*, deel 2 (4e druk, 1952), nr. 1049-1050, p. 372-373.

de opzichter schuld treft. Daaruit wordt de conclusie getrokken dat dit bewijs van schuld in andere zaken niet vereist is. 'Le législateur admet donc que, dans tous les autres cas, la victime est dispensée de cette preuve; l'article 1382 ne s'applique pas aux dommages causés par les choses inanimées hors l'hypothèse d'incendie; l'article 1384, § 1 a une portée absolue.'⁶⁷² Zo oordeelt ook de Cour de cassation in 1930. De schuld werd besloten geacht in het begrip 'garde': 'l'art. 1384 rattache la responsabilité à la garde de la chose, non à la chose elle-même.' De aansprakelijkheid bestaat alleen in het geval de opzichter 'a commis une faute dans la garde'; een verwijt gemaakt kan worden in het opzicht houden. Deze schuld wordt vermoed aanwezig te zijn, maar kan alleen worden weerlegd door 'la preuve d'un cas fortuit ou de force majeure ou d'une cause étrangère qui ne lui soit pas imputable.'⁶⁷³

Het arrest uit 1930 maakt aan een eerdere onderscheiding, dezelfde die door Suijling wordt toegepast, een einde. Artikel 1384 Cc is van toepassing op alle zaken⁶⁷⁴ en geen onderscheid moet worden gemaakt tussen gevaarlijke en ongevaarlijke zaken. Het is niet nodig 'qu'ell ait une vice inhérent à sa nature et susceptible de causer le dommage.'⁶⁷⁵ Ripert introduceert dat onderscheid in 1924⁶⁷⁶. Mazeaud:

'L'art. 1384, § 1, ne rend en effet responsable que "du fait des choses que l'on a sous sa garde"; or, toutes les choses n'ont pas besoin d'être gardées; seules les choses dangereuses nécessitent une garde. Chaque fois, par conséquent, qu'un dommage sera causé par une chose non dangereuse, la victime devra prouver la faute (art. 1382); chaque fois qu'elle sera atteinte par une chose dangereuse (telle une automobile), elle pourra se prévaloir de la présomption de responsabilité édictée par l'art. 1384, § 1.'⁶⁷⁷

In 1927 wordt dit onderscheid door de Cour de Cassation onderschreven. Overwogen wordt dat het voor de toepassing van artikel 1384 voldoende is 'qu'il s'agisse d'une chose soumise à la nécessité d'une "garde" en raison des dangers qu'elle peut faire courir à autrui.' Een bezwaar tegen deze indeling is dat niet op voorhand uitgemaakt kan worden welke zaak gevaarlijk is: 'La classification générale de M. Ripert ne peut suffire, car, ainsi que l'a justement observé M. Savatier, toutes les choses peuvent y

672. Mazeaud, H. en L. Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, deel 2 (2e druk, 1934), nr. 1145, p. 105.

673. Cour de cassation 13 februari 1930, D.H. 1930. 129; Mazeaud H. en L. Mazeaud, (1934), nr. 1149, p. 106-107.

674. Uitgezonderd de genoemde in artikel 1386 Cc (gebouwen), die in artikel 1384 lid 2, en vliegtuigen (wet van 31 mei 1924).

675. D.H. 1930. 129.

676. In zijn noot onder Cour de cassation 29 juli 1924, D.P. 1925.1.5.: 'Aussi nous paraît-il préférable de fonder la distinction nécessaire sur le caractère dangereux de la chose qui est sous la garde de l'homme.' Alleen gevaarlijke zaken zouden zo onder het vermoeden van schuld worden gebracht van artikel 1384.

677. Mazeaud, H., Mazeaud, L., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, deel 2 (2e druk 1934), p. 173-174 (nr. 1227).

rentrer.' Afhankelijk van de omstandigheden zal een zaak nu eens meer gevaarlijk, dan weer minder gevaarlijk zijn⁶⁷⁸. Al in 1930 maakt de Cour de Cassation aan dit onderscheid een einde. Uit hetzelfde arrest wordt meer afgeleid. Niet meer van een présomption de faute wordt sinds 1930 gesproken, maar van een vermoeden van aansprakelijkheid, een présomption de responsabilité⁶⁷⁹. Waartoe dient deze verandering? Om uit te drukken dat het tegenbewijs van niet-schuld onvoldoende is: 'Ce changement de vocabulaire s'explique sans doute par le souci d'affirmer le caractère irréfragable de la présomption.'⁶⁸⁰

C. EEN AFZONDERLIJKE WETGEVING MET EEN VERLICHTING VAN HET SCHULDBEGINSEL

De opkomst van de auto maakt ook voor deze zaken een verruiming van aansprakelijkheid nodig. In 1908 wijst Star Busmann op bewijsmoeilijkheden van schuld bij auto-ongelukken in verschillende landen⁶⁸¹.

'Sedert de opkomst der automobielenrijverheid, dagteekenend van de laatste tien jaren, heeft het verkeer op de wegen eene groote verandering ondergaan, grooter dan die, welke reeds vroeger door de verschijning der rijwielen was teweeggebracht.(...) Geen wonder, dat zij de belangstelling ook van rechtsgeleerden en wetgevers in toenemende mate op zich heeft gevestigd.'

In Frankrijk, Oostenrijk, Duitsland en Zwitserland moet de gelaedeerde wegens ontbreken van wetgeving gebruik maken van het gemene recht, waarbij het bewijs van schuld lastig is. Wel, zo vermeldt Star Busmann, zijn er wetsontwerpen in behandeling in de drie laatstgenoemde landen, die de grondslag van de aansprakelijkheid niet in schuld zien, maar in gevaarstelling. Voor Nederland verdienen deze ontwerpen navolging⁶⁸². Zo oordeelt ook de NJV in 1913.

1. De Nederlandse Juristen-Vereniging in 1913

In 1874 beantwoordt de NJV de vraag of van het schuldbeginsel afgeweken moet worden ontkennend⁶⁸³. In 1913 is het tij gekeerd. De vereniging stelt zich de volgende vragen:

- 678. Cour de cassation 21 februari 1927, D. 1927.1.97. met noot Ripert; Mazeaud, H. en L. Mazeaud, (1934) p. 181, nr. 1234. Zie ook Mazeaud-Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, deel 2 (5e druk, 1961), nr. 1238.
- 679. 13 februari 1930 (Jeandheur) D.P. 1930.1.57.
- 680. Ripert, G. en J. Boulanger, in hun bewerking van *Traité élémentaire de droit civil de Planiol*, deel 2 (4e druk, 1952), p. 372.
- 681. Star Busmann, C.W., De aansprakelijkheid der automobiel in het verkeersrecht, *Rechtsgeleerd Magazijn* 1908, p. 393.
- 682. Star Busmann, C.W., (1908) p. 412.
- 683. Zie hoofdstuk 6 § 2.B.

1. Is het gewenscht hem, die door zijn niet onrechtmatig handelen gevaar voor schade doet ontstaan, aansprakelijk te stellen, indien de schade werkelijk intreedt?
2. Zoo ja, welke beginselen behoren daarbij richtsnoer te zijn; moet de regeling zijn algemeen, of is het verkieslijk haar te beperken tot bepaalde onderwerpen?

Van Leeuwen en Hijmans behandelen deze vragen. Daaruit blijkt dat beide meer zijn geïnteresseerd in praktische oplossingen voor verschillende afzonderlijke soorten zaken, dan in discussies die zich slechts op de grondslagen van de aansprakelijkheid richten. Van de rechtspraak werd niets verwacht⁶⁸⁴. In wetgeving moet deze aansprakelijkheid worden geregeld⁶⁸⁵. De eigenaar of houder van een auto zou in die kwaliteit van houder aansprakelijk moeten zijn, onafhankelijk van de vraag of de automobilist een verwijt gemaakt kan worden: 'Moeten wij (...) dagelijks op straten en wegen blootgesteld worden aan de willekeur der razende Rolands en Kilometer-maniacs.' Van Leeuwen stelt voor in de Motor - en rijwielwet 1905 bepalingen over de aansprakelijkheid van de eigenaar of houder van de auto op te nemen. Deze bepalingen ontleent hij met enige kleine wijzigingen aan de Duitse en Oostenrijkse wetgeving⁶⁸⁶.

'Nog is de schuld een machtig vorst. Maar zijn troon wankelt', vangt Hijmans zijn betoog krachtig aan. Vooral in Nederland, dat 'slechts een paar oude voorschriften kent', terwijl andere landen het zij door rechtspraak, het zij door wetgeving aansprakelijkheid buiten schuld hebben bewerkstelligd⁶⁸⁷. Hijmans stelt gevaarstelling voor als grondslag voor aansprakelijkheid⁶⁸⁸. Deze theorie zou voor toepassing in aanmerking komen op een aantal zaken: dieren, spoorwegen, fabrieken, auto's, elektrische leidingen, 'luchtscheepvaart'. Een algemene bepaling waarin een risico-aansprakelijkheid wordt gevestigd of een omkering van de bewijslast van schuld wordt met grote meerderheid verworpen. Voor bijzondere genoemde gevallen mag, zo blijkt na stemming, afgeweken worden van het schuldbeginnsel⁶⁸⁹. In 1924 komt, na jaren van aarze-

684. Zie § 1.C.

685. Bij de 'beschaafde staten' mag Nederland niet achterblijven, aldus Van Leeuwen, verwijzend naar het commentaar van Regout tijdens de behandeling van zijn wetsvoorstel. Het was immers Regout die zich zo tegen een afwijking van het schuldbeginnsel in een algemene bepaling toonde, niet was geporteerd voor een regeling van aansprakelijkheid voor auto-ongelukken, en meende dat beschaafde staten juist geen algemene afwijking van het schuldbeginnsel kenden. Zie § 2.A.

686. Van Leeuwen, H.J., in: *Handelingen* I (1913), p. 179. In Duitsland is voor auto's 3 mei 1909 een wet vervaardigd; Oostenrijk 9 augustus 1908; Denemarken, dat Van Leeuwen ook nog terloops noemt, 9 maart 1906.

687. Hijmans, I.H., in: *Handelingen* I (1913), p. 203-204.

688. Hijmans, I.H., *Handelingen* I (1913), p. 229 ev.

689. *Handelingen* II (1913), p. 80-81.

ling⁶⁹⁰, een aansprakelijkheid voor auto's in de Motor-en Rijwielwet (art. 25) tot stand. Maar was deze regeling bevredigend?

2. De Motor- en Rijwielwet en kritiek

In de literatuur is de overheersende opvatting dat dit artikel, met name doordat een beroep op overmacht wordt toegestaan (waarmee zowel risico als schuld als grondslag van de aansprakelijkheid in de regeling waren verwerkt) en verder door de door de ingewikkelde redactie tekort schoot⁶⁹¹. De wet is niet op schade aan vervoerde goederen en personen van toepassing; er wordt een beperking ingebracht door de artikelen 1406 en 1407 van toepassing te verklaren; de hoogte van de schadevergoeding wordt onredelijk beperkt; de vordering moet binnen korte tijd worden ingesteld⁶⁹². De wet-

690. Star Busmann laakte de traagheid van de wetgever. '(...) weinig zal hij toen vermoed hebben dat reeds twee jaar later diezelfde, door hem zo gedenigreeerde wetgever, zou overgaan tot het opnemen van een artikel van eene strekking als door hem bepleit, in de "Motor- en Rijwielwet"', Binnerts, C., Aansprakelijkheid voor automobielen "uit de hand", *WPNR* 3071 (1928). In 1905 kwam de Motor- en Rijwielwet gereed. Bepalingen betreffende aansprakelijkheid kwamen daarin niet voor. Zie *Staatsblad* 1905, 69, *Staatsblad* 1924, 492.
691. Zie Van Oven, J.C., Aansprakelijkheid bij auto-ongelukken (art.25 Motor - en Rijwielwet), *Nederlandsch Juristenblad*, 12 maart 1925, p. 145 ev. en (deel 2) p. 169 ev. en de aldaar genoemde literatuur.
692. Janssens, L., De burgerrechtelijke aansprakelijkheid bij auto-ongelukken, *Rechtsgeleerd Magazijn* 1929, p. 294 ev. Artikel 25 lid 1. Ingeval van botsing, aan- of overrijding met een motorrijtuig op de wegen of rijwielpaden is de eigenaar van het motorrijtuig of - indien het bij art. 9 bedoelde aan het rijtuig aangebrachte nummer met letter door het bevoegde gezag is opgegeven aan den houder - de houder aansprakelijk voor de schade, toegebracht aan, niet door dat motorrijtuig vervoerde, personen en goederen, tenzij aannemelijk is, dat de schade is te wijten aan overmacht, daaronder begrepen schuld van iemand, voor wien de eigenaar of houder niet aansprakelijk is. De overige leden van het artikel luiden als volgt: 2. De eigenaar of houder, die het motorrijtuig niet zelf bestuurt, is aansprakelijk voor de gedragingen van dengeen, door wien hij het rijtuig doet of laat rijden.
3. Wanneer het ongeval iemands dood ten gevolge heeft of kwetsing of verminking van eenig deel des lichaams, vinden de artt. 1406 en 1407 van het Burgerlijk Wetboek overeenkomstige toepassing met betrekking tot de personen, die eene rechtsvordering tot schadevergoeding hebben, en de wijze, waarop de schade wordt gewaardeerd.
4. Terzake van een zelfde ongeval is het totaal bedrag der ingevolge het eerste lid verschuldigde vergoeding voor aan goederen toegebrachte schade beperkt tot de waarde van het motorrijtuig op het oogenblik van het ongeval, tenzij wordt aangetoond schuld van den eigenaar of houder zelf of van iemand, voor wien de eigenaar of houder aansprakelijk is. Ingeval van geschil heeft de eigenaar of houder aan te tonen tot welk bedrag zijne aansprakelijkheid is beperkt.
5. Het bepaalde bij de vorige leden vindt geene toepassing ten aanzien van schade, door een motorrijtuig toegebracht aan loslopende dieren, aan een ander motorrijtuig in beweging of aan personen of goederen, welke daarmede worden vervoerd.
6. De rechter kan het bedrag der schadevergoeding beperken, wanneer aannemelijk is, dat het ongeval mede is te wijten aan de schuld van iemand, voor wien de eigenaar of houder niet aansprakelijk is.
7. De rechtsvordering tot schadevergoeding vervalt door tijdsverloop van zes maanden, te rekenen van den dag, waarop het ongeval heeft plaatsgehad.
8. De bij dit artikel gegeven voorschriften laten onverkort de uit het gemene recht voortvloeiende aansprakelijkheid.

tekst verklaren uit de wetsgeschiedenis is onbegonnen werk, aldus van Oven: '(...) het voorschrift is voortgekomen uit een amendement en een lange reeks van subamendementen, wier geestelijke vaders elkander vaak slecht begrepen hebben, en geenszins allen op hetzelfde principe stoelden.'⁶⁹³ De in artikel 1403 verscholen ruime uitleg komt door deze onduidelijkheden weer in de belangstelling te staan. De rechtspraak is er in geslaagd een goed gebruik van dit artikel te maken, zo vermeldt Van Oven⁶⁹⁴.

3. *Het nieuwe Burgerlijk Wetboek*

'In Frankrijk is men aansprakelijk voor een bloempot op dezelfde wijze als hier voor een auto in gebruik. (...) juist wegens die algemeenheid van die regeling is het Franse stelsel niet gekozen', verklaart Meijers in het parlement⁶⁹⁵. In het ontwerp nieuw Burgerlijk Wetboek worden daarom een aantal bijzondere aansprakelijkheden voor zaken geregeld waaronder een risico-aansprakelijkheid van de bezitter van een auto. Tevens wordt een algemene bepaling opgenomen voor schade, veroorzaakt door gebrekkige zaken⁶⁹⁶. De vraag wordt gesteld of er een algemene aansprakelijkheid voor gevaarlijke zaken moet komen. Een ontkennend antwoord volgt omdat 'ervaring in Frankrijk en Engeland heeft geleerd dat deze omschrijving onvoldoende houvast biedt aan de rechtspraktijk, mede omdat in vele gevallen alleen van de begeleidende omstandigheden afhangt of een zaak al dan niet "gevaarlijk" kan worden genoemd.'⁶⁹⁷ Suijlings onderscheid wordt verworpen. Verwezen wordt naar de behandeling en de verwerping van dat onderscheid in Mazeaud-Tunc⁶⁹⁸. Van aansprakelijkheid zal sprake zijn indien van een gebrek sprake is, wanneer een zaak niet voldoet aan de eisen die aan die zaak gesteld mogen worden. Aangesloten wordt bij de opvatting van het Belgische Hof van Cassatie over artikel 1384 (Belgisch) BW, en de door Dekkers gegeven uitleg: 'La Cour de Cassation, s'inspirant de l'article 1386 (...), décide quel'article 1384 aussi suppose la vice de la chose, et la relation de cause à effet entre le vice et le dommage.' Dekkers

693. Zie Van Nispen tot Sevenaer, C.M.O., Het begrip "schuld" volgens art. 25 Motor- en Rijwielwet en volgens art. 536 K., in W. 12042; verder Van Oven, J.C., (1932), p. 147-149; Van Oven, J.C., (1932), p. 169; Binnerts, C., Aansprakelijkheid voor automobielen "uit de hand", *WPNR* 3071 (1928).

694. Van Oven, J.C., Aansprakelijkheid bij auto-ongelukken, *Nederlandsch Juristenblad* (1932), p. 146 en p. 174. Over de gestage uitbreiding van aansprakelijkheid Valkhoff, J., *Een eeuw rechtsontwikkeling*, (2e druk, 1949), p. 172 en 174.

695. Van Zeben, C.J., e.a., *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, boek 6, (1981), p. 740.

696. Art. 6: 173 BW. Mazeaud-Tunc, deel 2 (1961), nr. 1238; Zie hierboven § 2.B.2.

697. Drion, J., G. de Grooth, F.J. de Jong, *Ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek van E.M. Meijers* (1961), Toelichting boek 6, op art. 6.3.15, p. 700; zie ook Van Zeben, C.J., e.a., *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, boek 6, (1981), p. 732-749.

698. Zie § 2.B.2.

vermeldt dit standpunt als een sinds 1904 aangehangen interpretatie van het Hof van Cassatie⁶⁹⁹.

D. CONCLUSIES AANSPRAKELIJKHEID VOOR ZAKEN

Op twee manieren kan vereenvoudiging van aansprakelijkheid voor zaken worden bewerkstelligd: door middel van een algemene bepaling (artikel 1403 BW) of een op specifieke zaken toegesneden wetgeving. De laatste weg vertegenwoordigde de heersende leer, voor de mogelijkheid van een ruime uitleg van 1403 wordt af en toe in de literatuur gekozen. In het nieuwe Burgerlijk Wetboek wordt een algemene bepaling opgenomen voor gebrekkige zaken. Ook voor bijzondere zaken (spoorwegen, auto's, later vliegtuigen) wordt wetgeving vervaardigd. De argumenten die worden aangedragen voor de beperkte uitleg zijn eerst nog op tekst en systeem gebaseerd (Eyssell). Later worden vooral aan het maatschappelijk belang ontleende argumenten gebruikt voor vereenvoudigde aansprakelijkheid. Het maatschappelijk belang wordt ook gebruikt tegen een ruime algemene aansprakelijkheid maar voor een op speciale zaken toegesneden regeling (Hijmans, Van Leeuwen, Van Oven, Meijers). Daarnaast spreken aan tekst en systeem ontleende argumenten voor afzonderlijke regelgeving: alleen zo kan het systeem van het aansprakelijkheidsrecht in het Burgerlijk Wetboek in stand blijven.

Zowel Frans, Duits, Oostenrijks, Zwitsers en later Belgisch recht worden gebruikt in de argumentatie. Door de voorstanders van een strikt vasthouden aan het schuldbeginsel worden de afwijkingen van het schuldbeginsel in de Franse en Duitse rechtspraak met kracht verworpen. Later verdwijnt deze vorm van tegenspraak, die zich nog buitengewoon sterk laat leiden door tekst en systeem van de wet. De volgende tegenstanders van een ruime uitleg van 1403, of een nieuwe algemene bepaling voor aansprakelijkheid voor zaken buiten schuld, kiezen billijkheidsargumenten. Eyssell ontleent systematische argumenten voor het schuldbeginsel aan Planiol. Door voorstanders van een ruime uitleg wordt ook het Franse recht gebruikt, omdat daar juist een billijke oplossing met een ruime uitleg bewerkstelligd is. Voorstanders van een ruime aansprakelijkheid menen dat een algemene (risico) aansprakelijkheid voor zaken onbillijk kan zijn voor de 'opzigter' en verwerpen de Franse uitleg. Zo niet Suijling, die aan de Franse rechtspraak (Ripert) een beperkte algemene aansprakelijkheid ontleent, maar alleen voor gevaarlijke zaken. Uiteindelijk wordt gekozen voor een oplossing, aan het Belgische recht ontleend: een algemene aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken. Die wordt ook in het nieuwe BW opgenomen.

699. Van Zeben, C.J., e.a., (1981), p. 744. Genoemd wordt de uitspraak Hof van Cassatie 21 december 1956, *Journal des Tribunaux* 1957, p. 205, en naar de bij Dekkers, R., *Handboek van Burgerlijk Recht*, nr. 269, vermelde eerdere rechtspraak. Het citaat is afkomstig uit de Franse editie: *Précis de droit civil Belge*, deel 2 (1955), nr. 269.

§ 3. Artikel 2014, de legitimatieleer en de kritiek

A. DE ONZEKERHEID OVER DE AANGEHANGEN LEER: MEIJERS EN HOFMANN

Meijers ziet over artikel 2014 slechts twee vaste lijnen in de rechtspraak: 'geldt als volkomen titel' moeten worden opgevat als: 'geeft eigendom' en 'bezit' is bedoeld in de zin van artikel 585 BW⁷⁰⁰. Over het al dan niet vereist zijn van de goede trouw bestaat daarentegen geen duidelijkheid. De historische betekenis van de zinsnede is onduidelijk. Meijers echter: 'Het is voor mij niet twijfelachtig, dat bij Bourjon de regel niets anders wil zeggen dan dat bij roerend goed bezit hetzelfde recht aan den bezitter geeft als bij onroerend goed de levering van den eigendom, zoodat tegen een bezitter geen revindicatie is toegelaten.'⁷⁰¹ Behalve de historische uitleg is ook van belang 'de overige artikelen van het wetboek en in geval van twijfel, gronden van billijkheid.' Het systeem van de wet laat de uitlegger wat in de steek. Bij elke uitleg kunnen een of meerdere artikelen worden aangeduid die met de uitleg in overeenstemming te brengen zijn. Zo is het dan noodzakelijk dat eindelijk eens in de rechtspraak een duidelijke uitleg wordt gegeven⁷⁰². Die noodzaak wordt te meer duidelijk na het arrest uit 1922 waarin de *processuele* betekenis van artikel 2014 uit Scholtens leer werd aanvaard: de bezitter wordt als eigenaar beschouwd, zolang een ander niet een beter recht bewijst⁷⁰³. Daarmee is in ieder geval niet Meijers' verderstrekkende uitleg 'bezit van roerend goed geeft eigendom' geaccepteerd. Maar eveneens is niet duidelijk of de Hoge Raad met deze uitspraak nu ook de rest van Scholtens legitimatietheorie heeft onderschreven, waarbij tevens wordt vereist dat het bezit krachtens *geldige titel* is verkregen. Wanneer artikel 2014 lid 1 niet meer zeggen zou dan dat de bezitter vermoed wordt eigenaar te zijn, dan is de bepaling overbodig, omdat artikel 604 lid 1 BW hetzelfde doet⁷⁰⁴. Er moet dus nog meer in het artikel verborgen zitten, en dat meerdere zou ofwel geboden kunnen worden door de leer van Meijers of wel door die van Scholten. Behalve de noodzaak van een eenduidige rechtspraak heeft Meijers de volgende argumenten voor zijn uitleg van 2014.

700. Meijers, E.M., De rechtspraak van den Hoogen Raad omtrent "bezit geldt als volkomen titel", *WPNR* 3026-3027 (1927); ook in *VPO* II (1954).

701. Meijers, E.M., (1927, 1954), p. 139.

702. Zoals in Frankrijk is gebeurd, vermeldt Meijers, en geeft als reden voor het verschil dat in Nederland de literatuur een grotere invloed heeft gehad op de rechtspraak dan in Frankrijk: 'Dientengevolge hebben wij bij art. 2014 thans arresten à la Land, à la Diephuis, à la Scholten.' Meijers, E.M., (1927, 1954), p. 151.

703. Zie hoofdstuk 6 § 3.B.

704. Art. 604. Het bezit te goeder trouw geeft, ten opzichte der zaak, aan den bezitter het regt: 1e. Dat hij bij voorraad, en tot het tijdstip der geregelijke terugvordering, als eigenaar wordt aangemerkt;

Artikel 2014 betekent dat bezit dezelfde uitwerking heeft 'als iedere andere wijze van eigendomsverkrijging.' 2014 lid 1 is bedoeld als complement van artikel 2000 BW⁷⁰⁵. Daarin wordt de eigendom toegekend na verjaring van de *niet* in 2014 genoemde goederen. 2014 sluit verjaring voor genoemde goederen uit, maar dat kan alleen dan als 2014 lid 1 de eigendom toekent. In 2014 wordt geen onderscheid gemaakt tussen soorten bezitters: tussen diegenen die van de eigenaar het bezit hebben gekregen en derden (in Scholtens leer, waarin nog een geldige titel wordt vereist, is dat wel het geval). In het Franse recht zijn jurisprudentie en doctrine eenduidig en wijzen beide voor het Franse recht in de richting van Meijers' uitleg. Meijers maakt gebruik van Planiol en Colin/Capitant. Colin/Capitant komt via een verwerping van twee andere theorieën, de 'préscription instantanée' en 'présomption de propriété' tot aanvaarding van een voornamelijk op historische argumenten gebaseerde eigendomsverkrijging op grond van de wet:

'La véritable solution nous est fournie par l'histoire. Elle consiste à dire que, en considération des avantages pratiques présentés par cette solution, la loi attache au fait de la possession de bonne foi un effet translatif de propriété et supprime, au profit du possesseur, le droit de révocation du propriétaire, lors'que celui-ci s'est volontairement dessaisi. Il y a, dans l'article 2279, nous l'avions par avance indiqué, un cas d'acquisition lege.'⁷⁰⁶

Vervolgens beschouwen we de uitleg van Planiol, wiens mening door Colin/Capitant volstrekt wordt verworpen. Volgens Meijers zeggen beiden eigenlijk hetzelfde:

'Dans la théorie la plus répandue, et que je crois vrai, l'art. 2279 crée au profit du possesseur une présomption de propriété et cette présomption ne souffre pas la preuve contraire, puisque, sur son fondement, la loi dénie l'action en justice. La révocation mobilière est écartée, et par suite la disposition générale de l'art. 1352 doit s'appliquer: "nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi....".'⁷⁰⁷

Beide schrijvers geven volgens Meijers: 'bezit van roerend goed geeft eigendom.' Planiol spreekt weliswaar van een onweerlegbaar *vermoeden* van eigendom⁷⁰⁸, maar omdat het een *onweerlegbaar* vermoeden betreft, heeft diegene die zich daarop kan beroepen eigenlijk 'hetzelfde recht als degene, die door de wet zonder meer tot eigenaar

705. Art. 2000. Die te goeder trouw, en uit kracht van eenen wettigen titel, een onroerend goed, eene rente of eenige andere, aan toonder niet betaalbare, inschuld verkrijgt, bekomt daarvan den eigendom, bij wege van verjaring, door een bezit van twintig jaren.

706. Colin, A. en H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil Français*, deel 1 (4e druk, 1923), p. 918.

707. Planiol, M., *Traité élémentaire de droit civil*, deel 1 (8e druk, 1920), nr 2496, p. 768.

708. Zie Aubry en Rau over 'une présomption de propriété absolue et irréfutable', hoofdstuk 5 § 3.A.1.

verklaard wordt⁷⁰⁹. Bezit en goede trouw als vereisten voor een geslaagd beroep op artikel 2014 worden ook in het Franse recht gesteld⁷¹⁰.

Er zijn meer voorstanders van Meijers' interpretatie. Zo Wttewaal in 1916 die met historische argumenten voornamelijk deze uitleg tracht te verdedigen: 'Het artikel is (...) overgenomen uit den Code. Uit dit wetboek derhalve dient het verklaard te worden, nu van den wil daarvan af te wijken niet blijkt.'⁷¹¹ Tevens is de tekst van 2014 belangrijk: 'hoe kan men dan naast het bezit nog een titel eisen!' In de onderbouwing van de legitimatieleer wordt veel van Duits recht gebruik gemaakt. Die interpretatie kan voor Wttewaal niet door de beugel: 'voor de uitlegging van ons tegenwoordige wetboek is dit moderne waardeloos'⁷¹². Andere rechtssystemen spelen slechts een rol wanneer dit als historische interpretatie gebruikt kan worden. Evenzo principieel, nog meer gegrondvest in de historie dan Wttewaal, stelt zich Hofmann op. Hij onderschrijft het betoog van Meijers, en voegt daar nog een uitvoerige historische uiteenzetting aan de hand van een groot aantal Franse (onder wie Bourjon, Pothier) en Duitse bronnen (oude land- en stadsrechten, onder veel meer Heusler en Huber) aan toe. Het is de historie van het adagium 'en fait de meubles, possession vaut titre' die wijst op de leer van Meijers, en spreekt tegen de uitleg van Scholten⁷¹³. Scholten reageert in een naschrift op Hofmanns betoog: ook indien Bourjon aan een andere betekenis gaf aan de woorden 'possession vaut titre', aan een wetshistorische uitleg mag volgens Scholten in het algemeen nooit beslissende betekenis toekomen⁷¹⁴: 'Historische interpretatie is bij Dr. Hofmann - en de velen die daarbij te werk gaan als hij - de uitlegging van een wetstekst door beroep op de parafrase, die de makers der wet of een auteur aan wien zij hun tekst ontleenden hebben gegeven. Voor mij zijn zulke oordeelen niet bindend.'⁷¹⁵ Dat is zeker het geval bij artikel 2014 waarbij die historie zelf onduidelijk is.

709. Meijers, E.M., (1922), p. 286. Met de aanname van een onweerlegbaar vermoeden van eigendom wordt, zo vermeldt Meijers, de tweedeling in een processuele, en een materiële functie, door Saleilles gepropageerd, eveneens afgewezen. Meijers, E.M., (1927, 1954), p. 148.

710. Tot aan de duidelijke uitspraak van de Hoge Raad in Staat-Damhoff kon deze uitleg ook aan het Nederlandse recht worden gegeven. Pas daarna gingen Nederlands en Frans recht uit elkaar lopen. Zie Zwolve, W.J., (1993), p. 192.

711. Wttewaal, G., Artikel 2014 BW, *Rechtsgeleerd Magazijn* 1916, p. 175-209; Ook de leer van Meijers zijn toegedaan: De Lange, C.J., Een vergelijkende beschouwing der "oude en nieuwe" leer omtrent artikel 2014 BW, *WPNR* 3466 (1936), p. 277-281; Veegens, J., *Schets van het Nederlandsch burgerlijk recht*, deel 2 (1909), p. 22.

712. Wttewaal, G., (1916), p. 195. Zie hoofdstuk 6 § 3.A.2.

713. Hofmann, L.C., Eenige opmerkingen over de betekenis van artikel 2014 BW, *WPNR* 3059-3060 (1928); Hofmann, L.C., Nog eens: Art. 2014 B.W., *WPNR* 3074-3075 (1928); Hofmann, L.C., *Het Nederlandsch zakenrecht* (1933), p. 81 ev.

714. Scholten, P., naschrift, *WPNR* 3060 (1928), p. 519.

715. Scholten, P., naschrift onder: L.C. Hofmann, Nog eens: Art.2014 BW (II), *WPNR* 3075. (1928).

B. DE ACCEPTATIE VAN DE LEGITIMATIELEER

Langzaam maar zeker wordt Scholtens legitimatieleer geaccepteerd. In Scholten en Van Oven heeft deze legitimatieleer voorstanders van formaat, die bovendien nog kunnen bogen op een voorganger als Molengraaff. De acceptatie wordt verder vergemakkelijkt doordat Meijers de hoogste prioriteit toekent aan eenduidige rechtspraak. De Lange betoogt in zijn artikel in 1936 dat de verschillen tussen beide theorieën groter worden voorgesteld dan ze in werkelijkheid zijn: waar de 'oude leer' (Diephuis, Meijers) alle 'feilen, die de levering mochten aankleven' (titel, beschikkingsbevoegdheid) herstelt, doet de 'nieuwe leer' (Scholten, Van Oven) dat alleen met de onbevoegdheid van de vervreemder⁷¹⁶. Suijling maakt ook al onderscheid tussen de procesrechtelijke (weergegeven in het eerste lid) en de materieelrechtelijke betekenis (weergegeven in het tweede lid) van artikel 2014⁷¹⁷. Die materieelrechtelijke betekenis die Suijling aan artikel 2014 geeft is dezelfde die Scholten weergeeft in de legitimatieleer⁷¹⁸. Het standpunt van Eggens is iets afwijkend. Wel accepteert hij de dubbele betekenis en verwerpt de gelijkstelling 'bezit is eigendom', de bescherming die artikel 2014 aan de bezitter geeft zou hij echter ook aan de houder willen laten toekomen⁷¹⁹. Ook in de rechtspraak lijkt de balans steeds meer door te slaan naar de leer van Scholten⁷²⁰. Het processuele deel van de legitimatietheorie was reeds in 1922 expliciet aanvaard⁷²¹. Over het materiële deel van Scholtens legitimatieleer kwam eerst duidelijkheid in 1951, Damhof-Staat⁷²². Tot die tijd werden telkens afzonderlijke elementen van de legitimatieleer uitgesproken: dat sprake moet zijn van civiel bezit (conform artikel 585 BW, een oud discussiepunt)⁷²³, dat de goede trouw vereiste was⁷²⁴; tevens werden twee arresten gewezen die zich niet lieten verenigen met de materiële betekenis van artikel 2014 in Meijers' uitleg: ontbinding liet de eigendom terugkeren in het vermogen van de verkoper, terwijl in het *bezit* geen verandering was gebracht⁷²⁵. Eerst onlangs, in 1994, is het 'om baat' vereiste door de Hoge Raad in het oude artikel 2014 gelezen⁷²⁶.

716. De Lange, C.J., Een vergelijkende beschouwing der "oude en nieuwe" leer omtrent artikel 2014 B.W., *WPNR* 3466 (1936), p. 277-281.

717. Suijling, J.Ph., *Inleiding tot het burgerlijk recht*, 5e stuk (1940), nr. 294.

718. Suijling, J.Ph., (1940), met name nrs. 298 en 303.

719. Eggens, J., Het jongste arrest van den H.R. inzake art. 2014., *Nederlands Juristenblad* 1926, p. 87-92.

720. Zie hierover ook Salomons, A.F., (1990), p. 122-128.

721. HR 3 februari 1922, *NJ* 1922, 388.

722. Zie hoofdstuk 2 § 3 en hoofdstuk 6 § 3.C.

723. HR 4 juni 1920, *NJ* 1920, 712.

724. HR 19 april 1928, *NJ* 1928, 1504; HR 10 mei 1929, *NJ* 1929, 1615.

725. HR 25 februari 1916, *NJ* 1916, 501; HR 20 december 1924, *NJ* 1925, 153; zie hierover ook Meijers, E.M., (1927, 1954), p. 149.

726. HR 2 december 1994, *RvdW* 1994, 264; daarover: Salomons, A.F., De late aanvaarding van het om-baatvereiste bij art. 2014 oud-BW, *WPNR* 6174 (1995), p. 212.

C. CONCLUSIES 2014

De balans slaat langzaam door in de richting naar de legitimatieleer van Scholten. De uitleg van Meijers verliest terrein. Meijers, Hofmann en andere voorstanders baseren zich vooral op de historie en op tekst en systeem. Toch geven teleologische argumenten van Scholten en Van Oven de doorslag, en wordt hun uitleg langzaam maar zeker geaccepteerd in doctrine en rechtspraak. Van andere rechtssystemen wordt gebruik gemaakt, ook door de voorstanders van de Germaansrechtelijke leer: verwezen wordt naar het oude Franse en het Duitse recht. Dat geschiedt op twee wijzen: in de eerste plaats valt op het zware gewicht dat aan de historie van de bepaling wordt toegekend. In dat verband komt het oude Franse en Duitse recht uitvoerig aan de orde, met name bij Hofmann. Meijers bedient zich minder van de historie, maar ook van eigentijdse bronnen in het Franse recht. Daar dan vindt hij ondersteuning bij zowel Planiol als bij Capitant. Wittewaal lijkt met zijn expliciete verwerping van gebruik van ander recht bij de uitleg van Nederlands recht een uitzondering te zijn.

§ 4. Publiek domein

A. DE VERANKERING VAN HET PUBLIEK DOMEIN IN HET PRIVAATRECHT

Von Reeken zet de toon; alleen op detailniveau zijn er nog afwijkende meningen, met name met betrekking tot het begrip 'zaken buiten de handel.' Aan het fundament in het privaatrecht wordt nauwelijks meer getornd. De argumentatie voor de uniform privaatrechtelijke eigendom is in het administratiefrecht en in het privaatrecht in grote lijnen gelijk ⁷²⁷.

1. *Goudekets uiteenzetting*

Goudekets geeft de privaatrechtelijke benadering vorm in zijn bewerking van Opzoomers handboek 'Het Burgerlijk Wetboek verklaard,' met behulp van een groot aantal standpunten die in de ons omringende systemen werden aangehangen. Hij bouwt voort op de door Barckhausen, Hauriou, Baudry-Lacantinerie, Planiol, en Mayer verkondigde meningen. Verder komen bij hem kort aan de orde Franse jurisprudentie, en een enkele Duitse schrijver (Dernburg), de Zwitserse en de Duitse privaatrechtelijke wetgeving ⁷²⁸. Goudekets zet Opzoomers visie deels voort: het regelen en handhaven van de bestemming van publiek domein heeft met het eigendomsrecht niets te maken, het gaat

727. Geheel verschillend waren argumentaties in de beide rechtsgebieden tijdens de periode dat 'domaine public' als heersende leer in de Nederlandse rechtswetenschap gold. Zie daarover met name § 5.4.4.1, en Milo, J.M., (1995), *passim*.

728. Meijers, die later zelf een zeer genuanceerd standpunt zou innemen, verklaarde dat Goudekets uiteenzetting 'tot het beste behoort, wat in ons land over dit onderwerp is geschreven.' Meijers, E.M., Publiek domein en zaken buiten de handel, *WPNR* 2543-2547 (1918), p. 430.

dan om de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden die de staat *als staat* toekomen⁷²⁹; maar, zo voegt Goudekete toe, naast deze bevoegdheden is de staat tevens privaatrechtelijk eigenaar van publiek domein. Maar het is eerst Goudekete's laatste stap die het standpunt zeer naar de privaatrechtelijke benadering trekt. Want, zo vraagt Goudekete zich af, kan het eigendomsrecht misschien beperkt worden door toepassing van de bepalingen over 'zaken buiten de handel'? Daarvan kan in geen geval sprake zijn. Waarom niet? Het is het algemeen belang dat zich hiertegen verzet.

'(...) vordert het algemeen belang, dat de Staat in zijne beschikkingsbevoegdheid door civielrechtelijke voorschriften wordt beperkt, en dat door soortgelijke voorschriften bijzonder personen belet wordt rechten op die zaken te verkrijgen? Beantwoordt men die vraag bevestigend, dan zou dit alleen op dezen grond kunnen geschieden, dat anders de publieke bestemming dier zaken gevaar zou kunnen loopen. Wie echter schept die publieke bestemming? De Staat. En wie kan ze er weder aan ontnemen? De Staat. Maar kan men dienzelfden Staat het dan ook niet gerustelijk overlaten te beslissen, in hoeverre rechten van bijzonder personen met de publieke bestemming verenigbaar zijn, en zal hij, die het meerdere kan, nl. de bestemming ten publieken dienste opheffen, niet ook tot het mindere bevoegd zijn, nl. tot de beperking er van, of zelfs om met instandhouding dier bestemming over zijn eigendom te beschikken?'⁷³⁰

De eerst voorzichtig naast publiekrechtelijke bevoegdheden toegekende eigenaarsbevoegdheden krijgen door de afwezigheid van beperkingen alle ruimte. Maar niet alleen ontbreekt de noodzaak van beperking voor Goudekete, het algemeen belang maakt een onbeperkte uitoefening van private rechten door de overheid zelfs noodzakelijk. En zo dan komt de privaatrechtelijke eigendom tot volle wasdom:

'Doch niet alleen is het niet in strijd met het algemeen belang, dat de Staat de vrije beschikking over de ten algemeenen nutte bestemde zaken heeft, het algemeen belang kan er nog meer door bevorderd worden. Immers het is zeer wel mogelijk, dat die zaken tegelijk direct en indirect het algemeen belang ten goede komen, doordien de Staat die zaken, zonder de publieke bestemming in het minst te kort te doen, productief maakt en dus tegelijk als private domeinen behandelt, zooals door verpachtingen van grasgewas, vestiging van servituten tegen betaling, verhuring van schoolgebouwen buiten schooltijd, verhuring van muurvlakken voor reclames enz.'⁷³¹

De teleologische interpretatie speelt bij Goudekete een rol van betekenis bij de toekenning van de privaatrechtelijke eigendom. Op grond van het algemeen belang kiest hij voor een onbelemmerde uitoefening. Tekst, systeem en geschiedenis van de wet zijn onduidelijk over de toepasselijkheid van 'zaken buiten de handel.' In de rechtspraak wordt de

729. Zie hoofdstuk 5 § 4.D.2, waar Opzoomer in het citaat spreekt over hoogheidsrechten, die scherp onderscheiden zijn van de rechten die de staat als eigenaar zouden toekomen. Het handelde hier om een onderscheid dat voor Opzoomer niet in de wetgeving was uitgedrukt, maar er in uitgedrukt had behoren te worden: 'ius constituendum.' Zie hoofdstuk 5 § 1.C.3.

730. Goudekete, J., *Het Burgerlijk Wetboek verklaard door Mr. C.W. Opzoomer*, deel 3 (3e druk, 1911), p. 153.

731. Goudekete, J., (1911), p. 154. Het enige beperkende voorschrift is gelegen in artikel 14 AB. Goudekete, J., (1911), p. 156, 159. Art. 14 AB: Door geene handelingen kan aan de wetten, die op de publieke orde of goede zeden betrekking hebben, hare kracht worden ontnomen.

laatste zinsnede ('onverminderd de door titel of bezit verkregen regten van bijzondere personen of gemeenschappen') van de artikelen 577 en 579 ruim uitgelegd. Ook private personen kunnen rechten verkrijgen op de genoemde zaken. Er bestaat geen bezwaar 'diezelfde beginselen ook op andere ten algemeenen nutte bestemde zaken toe te passen. Voor zover ze den staat toebehoren, is er geen enkele reden hem in zijne beschikkingsbevoegdheid te beperken, nu de wet dit ook niet doet.' Andere schrijvers hadden een mening van vergelijkbare stelligheid, doch vaak minder onderbouwd⁷³². Met name Scheltema heeft zich in een groot aantal artikelen uitgesproken voor een privaatrechtelijke benadering als door Goudekot werd voorgesteld. Daarbij brengt hij wel wat nuances aan, maar op hoofdzaken blijft de argumentatie in stand⁷³³.

2. Scholtens' gemene rechtsleer

Scholtens ontkent de aanwezigheid van een onderscheid tussen publiek en privaat domein in het Burgerlijk Wetboek, en acht net als Goudekot de bepalingen over zaken buiten de handel niet van toepassing wegens een gebrek aan een in de wet gegeven criterium. Tot beide standpunten komt hij met behulp van het Franse (Planiol) en het Duitse recht (Windscheid)⁷³⁴. Maar meer van belang dan Scholtens' stellingname in het debat over publiek domein is zijn *gemene rechtsleer*:

'Geen scheiding van publiekrecht in ruimen zin en privaatrecht die geldt voor alle tijden en alle plaatsen. Geen meerderwaardigheid voor het publiek recht boven het privaat. Geen principieel ander karakter der normen in het een en het ander gebied. Doch evenmin een volstrekte onkenning van het verschil, voor zover het niet de rechtsnorm in het algemeen, maar het positieve recht van het heden betreft. Nog altijd schijnt mij, dat de kijk, die Hamaker op het vraagstuk had, het juiste inzicht geeft. Het privaatrecht wijst de algemene rechtsregelen aan, het gemeene recht is daarvoor de juiste term. In het publiekrecht worden (...) evenzeer gedragsregelen

732. Veegens, J.D., *Schets van het Nederlandsch burgerlijk recht*, deel 2 (1909), p. 10-12; Kronenberg, H.G., *Rechtsgeschiedenis van den aanwas* (1911), p. 92-107; Laman Trip, H., boekbespreking van Kronenberg, H.G., *Rechtsgeschiedenis van den aanwas* (1911), in: *Rechtsgeleerd Magazijn* 1912, p. 182-184. A.H. Kamerlingh Onnes: 'Het denkbeeld, dat er zaken zouden zijn, die wegens haren aard of bestemming onvatbaar zouden zijn voor gewonen burgerrechtelijken eigendom, is aan ons oud-Hollandsche recht ten eenenmale vreemd.' in: *Openbare wegen over particulieren grond* (1915), p. 82. Harzfeldt, Over vertegenwoordiging en haar rechtsgevolgen, naar privaat- en publiekrecht, *Themis* 1900, p. 501; Bool, J., *De gemeentewet* (1930), p. 566-569.

733. F.G. Scheltema, Zaken buiten den handel, WPNR 2533-2534 (1918), met name p. 335: 'O.i. is het civiele recht op ten publieken dienste bestemde objecten van toepassing niet "behoudens de vereischten van den publieken dienst", maar in onbepekten mate, zij het dan, dat bij de uitoefening van de aan dat civiele recht ontleende bevoegdheden uiteraard zal zijn rekening te houden met de positieve bepalingen van verordenenden aard, welke door de verschillende corporatiën in verband met de handhaving van den publieken dienst zijn gesteld.' Dezelfde: De openbare weg en de beperking van den eigendom, *Rechtsgeleerd magazijn* 1920, p. 264-286, met name p. 265; *Nederlandsch Bestuursrecht* (1932), hoofdstuk 2, De zaken der openbare lichamen, p. 115-134.

734. Scholten, P., *Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht door Mr. C. Asser*, deel 2 (4e druk, 1905), p. 16-20; dezelfde (5e druk, 1913), p. 23-27.

gegeven, bevelen der overheid, rechtsregels, als die van het gemeene recht, die dat recht terwille van de staatstaak aanvullen en er van af wijken.' ⁷³⁵

Het privaatrechtelijk standpunt past uitstekend in deze gemene rechtsleer: het privaatrecht is van toepassing op publiek domein, andere regelgeving kan op de toepassing van privaatrechtelijke voorschriften inbreuk maken. Scheltema incorporeerde Scholtens gemene rechtsleer in zijn argumentatie ⁷³⁶.

B. PUBLIEK DOMEIN IN FRANKRIJK EN DUITSLAND

1. Frankrijk

Berthélemy verkondigt de heersende leer van het domaine public. Hauriou heeft een iets afwijkende opvatting. Benadrukt moet worden dat zij tot hun opvattingen komen met een argumentatie die niet of nauwelijks aan de Code civil was ontleend. Civilisten onderbouwen domaine public met een aan de Code civil ontleende argumentatie ⁷³⁷. De onderbouwing met behulp van de Code civil verandert. Barckhausen toont aan dat het in de Code civil gelezen onderscheid tussen domaine public en domaine privé niet aanwezig is ⁷³⁸. Op een duidelijke wijze knoopt Baudry-Lacantinerie hierbij aan, waarbij hij eerst eigendom als uitgangspunt voor publiek domein construeert:

'Parmi les biens du domaine national, il y en a qui sont affectées à un usage ou à un service public (...). On les désigne dans la doctrine sous le nom de biens du domaine public (national ou de l'Etat). Leur caractère est d'être inaliénables et imprescriptibles. On soutient à tort, croyons-nous, que l'Etat n'est pas propriétaire de ces biens, et qu'il en a seulement la garde et la surintendance. (...) En deux mots les biens du domaine national se divisent en biens du domaine public et biens du domaine de l'Etat. Les premiers sont inaliénables et imprescriptibles; il en est autrement des derniers', ⁷³⁹

terwijl hij vervolgens Barckhausens uiteenzetting gebruikt om aan te tonen dat de Franse wetgever geen onderscheid voor ogen stond tussen domaine public en domaine privé:

735. Scholten, P., *Algemeen deel* (1931), p. 40.

736. Scheltema vergelijkt terloops deze gemene rechtsleer met de in Frankrijk en Duitsland aangehangen standpunten in het administratiefrecht. In Duitsland (Fleiner), zo vermeldt Scheltema, wordt ook een vergelijkbare 'gemene rechtsleer' gehuldigd, terwijl in Frankrijk (Jèze) uitgangspunt is dat handelingen van de overheid beoordeeld behoren te worden naar een eigen objectief recht, vormgegeven door rechtspraak van de Conseil d'Etat. Scheltema, F.G., *Het grensterrein van publiek en privaatrecht*, *Rechtsgeleerd magazijn* 1927, p. 233-265, met name p. 240-243.

737. Zie hoofdstuk 5 § 4.D.2.

738. Barckhausen, H., *Remarques sur la théorie des domaines*, *Revue critique de législation et de jurisprudence* deel 13 (1884), p. 30-43. Zie hoofdstuk 6 § 4.C.

739. Baudry-Lacantinerie, G., en M. Chauveau, *Traité théorique et pratique de droit civil*, des biens (3e druk, 1905), nr 133, p. 139.

'Tous les auteurs reprochent au législateur du code civil d'avoir foulé aux pieds cette distinction fondamentale dans les articles de ce chapitre. (...) Dans un article fort intéressant publié par la Revue critique de législation et de jurisprudence, notre savant collègue M. Barckhausen, a démontré, péremptoirement à notre avis, l'inanité de cette critique. Le législateur de code civil dit indifféremment: domaine public (art. 538 et 540), domaine de l'Etat (art. 541) ou domaine de la nation (...).' ⁷⁴⁰

De Code civil geeft geen historische grondslag om onderscheid aan te nemen. Toch bestaat er tussen de zaken die worden genoemd in de artikelen 538-541 een onderscheid: 'il y en a qui, étant affectées à un usage ou un service public, sont inaliénables et imprescriptibles (...)' De bepalingen met betrekking tot de zaken buiten de handel brengen beperkingen aan. Andere civilisten slaagden er wel degelijk in een onderscheid aan te brengen dat verder strekte dan alleen de toepasselijkheid van de bepalingen over zaken buiten de handel. Zo Planiol, die inderdaad van mening was dat de Code een 'confusion complète' voorschotelde, zodat uit de tekst zelf niets kon worden afgeleid. Van een privaatrechtelijk eigendomsrecht op publiek domein kan bij de staat echter geen sprake zijn aldus Planiol:

'Non seulement des particuliers ne peuvent pas acquérir sur (...) eux (...) un droit de propriété (...), mais les autorités publiques elle-mêmes, chargées de la garde et de la gestion du domaine, n'en peuvent disposer sous aucune forme. Toutefois l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité ne sont que des conséquences de l'affectation à l'usage du public des biens qui composent le domaine public (...). L'Etat n'a pas un véritable domaine de propriété; qu'il n'exerce sur eux qu'une sorte de surintendance, c'est à dire une fonction de garde et de surveillance.' ⁷⁴¹

Opvallend is dat Planiol zijn argumentatie aan het Franse administratiefrecht ontleent. De staat heeft geen eigendomsrecht maar een 'droit de surintendance.'

Planiols stellige voorspraak voor een publiekrechtelijke benadering wordt overtroffen door de administratiefrechtelijk jurist Duguit ⁷⁴². Zijn afwijkende standpunt wordt ook in Nederland gebruikt door Scheltema en Meijers. Publiek domein is niet aan privaatrechtelijke regels onderworpen: 'Précisément parce qu'elles sont affectées à une service public, toutes les dépendances du domaine public sont soustraites au régime normal de la propriété privée.' ⁷⁴³ Maar daarnaast beschouwt Duguit ook de zaken van de overheid waaraan die publieke bestemming ontbreekt als zaken waarop het privaatrecht niet van toepassing is: '(...) je maintiens l'expression domaine privé pour désigner les choses

740. Baudry-Lacantinerie, G., en M. Chauveau, (1905), p. 139-140; zie voor Barckhausens mening hoofdstuk 6 § 4.C.

741. Planiol, M., *Traité élémentaire de droit civil*, deel 1 (8e druk, 1920), nr. 3062, 3065, p. 964, 966-967.

742. Deze beschrijft op fraaie wijze de ontwikkeling van de theorie van het domaine public in Frankrijk, en de aandelen daarin van Proudhon en Barckhausen. Duguit, L., *Traité de droit constitutionnel*, deel 3 (3e druk, 1930), § 74, p. 344 ev.

743. Duguit, L., (1930), p. 352.

qui, bien qu'appartenant à l'Etat, sont soumises à un régime analogue à celui de la propriété privée et j'oppose le domaine privé au domaine public.' ⁷⁴⁴

De noodzaak van een bijzondere juridische positie is, in tegenstelling tot in het Nederlandse privaatrecht, altijd in Frankrijk beklemtoond. In Aubry en Rau, 1935: de zaken behorende tot het publiek domein, 'ne forment pas l'objet d'un véritable droit de propriété. Elle ne sont, à vrai dire, dans le patrimoine de personne et restent exclues du commerce.' ⁷⁴⁵ Picard (1952) verwijdt zich meer van de publiekrechtelijke constructie: de theorie dat het recht van de overheid op publiek domein van een andere aard is dan de privaatrechtelijke eigendom 'est plus en plus abandonnée. Sans doute, les biens du domaine public échappent aux règles du droit civil concernant la propriété: l'Etat n'exerce pas sur eux l'usus, puisque l'usage en appartient à tous; il n'en tire pas en principe des revenus; il ne peut enfin en disposer. Mais cela n'exclut pas l'idée que les dépendances du domaine public sont des objets de propriété, d'une propriété d'affectation, soumise à de nombreuses limites, mais donnant à son titulaire des droits plus étendus que ceux qui dérivent de la garde et de la surveillance.' ⁷⁴⁶ Ook thans nog wordt het onderscheid aangehouden ⁷⁴⁷. Van een verwijdering van Proudhons theorie is zonder twijfel sprake in de Franse rechtswetenschap, maar dat geschiedt in elk geval langzamer en genuanceerder dan in Nederland.

2. Duitsland

Het onderscheid tussen domaine public en domaine privé is in de Duitse rechtswetenschap ook bekend. Daar wordt gesproken over het 'Finanzvermögen' en het 'Verwaltungsvermögen', of 'öffentliche Güter' en 'Staatsvermögen' ⁷⁴⁸. Dernburg merkt over de öffentlichen Sachen op ⁷⁴⁹: 'Sie unterstehen einem besonderen Recht, durch welches sie außerhalb des Privatverkehrs gestellt sind.' Zij zijn aldus 'buiten de handel' geplaatst. Welk recht heeft de overheid op deze zaken? Dernburg:

744. Duguit, L., (1930), p. 350.

745. Barin, E., in diens bewerking van Aubry, C., en C. Rau, *Cours de droit civil Français*, deel 2 (6e druk, 1935), § 169, p. 54.

746. Picard, M., in: Planiol, M., en Ripert, G., *Traité pratique de droit civil Français*, deel 3 (2e druk, 1952), § 120, p. 130-131.

747. Zie bijvoorbeeld Malaurie, Ph. en Aynès, L., *Cours de droit civil*, deel 4 (3e druk, 1994), § 5, p. 56 ev: 'Les biens sont, en principe, privés; il en est un certain nombre qui ont un caractère public, d'une manière qui, selon les cas, est plus ou moins accusée. (...) Le Code distingue les biens qui appartiennent à l'Etat et aux collectivités publiques. (...) Les secondes relèvent d'un régime juridique particulier surtout quand ils font partie du domaine public, par opposition au domaine privé. Les biens du domaine public sont affectés au public et par conséquent échappent à la compétence des tribunaux judiciaires, et sont inaliénables et imprescriptibles.'

748. Zie hoofdstuk 5 § 4.D.2.

749. Een categorie die vrijwel overeenkomt met publiek domein, behalve dan dat er bij Dernburg een vereiste van 'onmiddellijkheid' aan is toegevoegd: 'welche unmittelbar den öffentlichen Zwecken dienen.' Dernburg, H., *Pandekten* deel 1 (3e druk, 1892), § 71, p. 165.

'Der Rechtscharacter der öffentlichen Sachen ist bestritten. Manche betrachten sie als Niemandem gehörig, auch nicht dem Staate selbst. Nach dieser Ansicht stehen sie nur unter einem publicistischen Hoheitsrechte des Staates (...). Daß Richtige ist, das auch die öffentliche Sachen des Staates und der Gemeinde in deren Eigenthum stehen. Deshalb gehören ihnen die pekuniären Nutzungen, welche solche Sachen neben ihrer öffentlichen Bestimmung abwerfen (...).' ⁷⁵⁰

Ook de openbare zaken van staat of gemeente '[stehen] in deren Eigenthum;' ze behoren in eigendom aan de staat. Maar de openbare bestemming blijft bestaan en dat heeft de volgende consequentie: 'Indeß unterliegt das Eigenthum an öffentlichen Sachen einem Sonderrechte, vermöge dessen Akte privatrechtlicher Natur nicht im Stande sind sie ihrem Zweck zu entfremden. (...) Durch rechtsgültige publicistische Akte dagegen kann die öffentliche Sache ihres besonderen Characters entkleidet werden. Damit tritt sie unmittelbar in das gewöhnliche Eigenthum des Staates oder der Gemeinde und wird verkehrsfähig.' ⁷⁵¹ De eigendom treedt aan het daglicht, zodra de openbare bestemming ontnomen wordt. Bij Windscheid vinden we dezelfde constructie. De privaatrechtelijke eigendom 'tritt hervor, sobald die öffentliche Bestimmung der Sache wegfällt, und auch während ihrer Dauer, soweit sie nicht entgegensteht.' ⁷⁵² In het Duitse BGB is in het geheel niets geregeld over het bijzondere aan publiek domein. De voorschriften die betrekking hebben op publiek domein zijn publiekrechtelijke voorschriften, en horen aldus niet thuis in een burgerlijk wetboek. In de 'Motive' voor het ontwerp BGB wordt overwogen dat de juridische kwalificatie van publiek domein weliswaar omstreden is, maar dat de leer dat de staat (privaatrechtelijk) eigenaar is, de heersende is: 'Im allgemeinen scheint die Ansicht zu überwiegen, das das Eigenthum (...) an den res publicae dem Staate oder ebenfalls einem Gemeindeverbande zusteht.' Verwezen wordt naar de hierboven aangestipte bespreking van Windscheid: 'Sie können insoweit Gegenstand von Privatrechten sein, als nicht die in der Rechtsordnung gegründete Bestimmung der Sache hindernd entgegentritt. De regeling van de openbare bestemming wordt aan de afzonderlijke staten overgelaten' ⁷⁵³. Dat heeft tot gevolg dat er verschillende regelingen tot stand zijn gekomen. De Franse leer van het domaine public is in een tweetal regelingen opgenomen: in het wegenrecht van Hamburg, en in de Waterwegenrecht van Baden-

750. Dernburg, H., (1892), § 71, p. 166.

751. Dernburg, H., (1892), p. 167.

752. Kipp, Th., in diens bewerking van Windscheid, B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, deel 1 (9e druk, 1906), § 146, p. 725; zo ook Crome, C., *System des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, deel 1 (1900), § 67, p. 302.

753. Mugdan, B., *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, band 3, Sachenrecht (1899, 1979), p. 15.

Württemberg⁷⁵⁴. In de Zwitserse privaatrechtelijke wetgeving krijgt publiek domein wel een plaats toebedeeld⁷⁵⁵.

C. EEN TERUGTRED VAN DE PRIVAATRECHTELIJKE WEG

1. *Suijlings waarschuwing*

Suijling neemt in 1916 een genuanceerd standpunt in. Wel is Proudhons leer verlaten, maar: 'Art. 577 BW laat kwalijk een andere opvatting toe. Alle in beginsel volkomen heerschappij over zaken, door het Burgerlijk Wetboek gegeven, is eenerelei eigendomsrecht, onverschillig of het aan een particulier of aan een openbaar lichaam toekomt.' Heeft de overheid net als een particulier alle bevoegdheden uit het eigendomsrecht? Nee, dat gaat te ver:

'Gelijk het hervormers echter meer vergaat, kennen de bestrijders van het "domaine public" in hunnen ijver geen grenzen. Nauwelijks hebben zij den afgod van den publiekrechtelijken eigendom van zijn voetstuk gestort, of op de ledig gekomen plaats richten zij uit de bevoegdheden, aan de administratie met betrekking tot openbare wegen verleend, een beeld van het "domaine privé" op. Daarmee overschrijden zij de schreef. Aan het overheidsgezag, d.i. het gezag, dat met volstrekte uitsluiting van particulieren enkel aan openbare lichamen toekomt, wijdt het Burgerlijk Wetboek immers geen woord.'⁷⁵⁶

Suijling treft deze te ver doorschietende privaatrechtelijke benadering aan bij Kamerlingh Onnes, in zijn bij Van Geleïn Vitringa geschreven proefschrift. Kamerlingh Onnes construeert de openbaarheid van een weg als een (privaatrechtelijk) zakelijk recht⁷⁵⁷. Geheel ten onrechte aldus Suijling: 'Private en publieke macht komen zoo op een hoop te liggen. (...) Het algemeen belang dreigt hier in de knel te geraten. Aan het publiek gezag wenst men zijn gerechte portie te onthouden en juist daarom plaatst men het, zijnen eigen aard ten spijt, onder de autoriteit van een recht, dat voor zulk gezag niet is geschreven.'⁷⁵⁸ De publiekrechtelijke beheersmacht stelt Suijling op de voorgrond. Daarnaast heeft de overheid de privaatrechtelijke eigendom van publiek domein. Uit beide 'bronnen' kan de overheid in het algemeen naar keuze bevoegdheden ontfangen, maar grenzen aan het gebruik van privaatrechtelijke bevoegdheden worden gesteld door gebruik van de constructie 'misbruik van recht': 'privaatrechtelijke bevoegdheden

754. Salzwedel, J., Anstaltsnutzung und Nutzung öffentlicher Sachen, in: *Allgemeines Verwaltungsrecht* (8e druk, 1988), p. 480-481. Zie ook Frauke Wernecke, Die öffentliche Sache im Widerstreit privater und allgemeiner Belange, *AcP* 195 (1995), p. 449.

755. Artikel 664 ZGB: Die herrenlosen und die öffentlichen Sachen stehen unter der Hoheit des Staates, in dessen Gebiet sie sich befinden.

756. Suijling, J.Ph., De openbare weg in publiek - en privaatrecht, *Themis* 1916, p. 153-186, met name p. 184.

757. Kamerlingh Onnes, A.H., *Openbare wegen over particulieren grond* (1916), met name p. 82-90, en p. 107.

758. Suijling, J.Ph., (1916), p. 186.

mogen nooit worden uitgeoefend ter verwezenlijking van doeleinden [volgens] welke het aan de overheid verboden is anders dan door de uitoefening van overheidsmacht na te streven.⁷⁵⁹

2. Publiekrechtelijke beperkingen in het Burgerlijk Wetboek

Scheltema, Goudekot, en Scholten ontkennen de toepasselijkheid van de bepalingen over zaken buiten de handel. Op dat standpunt heeft Meijers kritiek. Indien sprake is van publiek domein, dan zijn de bepalingen over 'zaken buiten de handel' wel toepasselijk. Het Nederlandse recht heeft de bepalingen verwaarloosd: 'Het Fransche recht onderscheidt zich hier van het Nederlandsche, op een wijze, die niet ten gunste van het laatste spreekt.'⁷⁶⁰ Het is met name het eigentijdse Franse recht waarmee Meijers zijn behandeling onderbouwt, naast het Romeinse en het oude Franse recht. In die beschouwingen passeren de reeds behandelde Franse schrijvers de revue. Hij gebruikt het (door Diephuis verworpen) criterium 'openbare bestemming' en kan op die wijze de bepalingen over zaken buiten de handel weer een betekenis geven. Dat doet Meijers voornamelijk aan de hand van Franse administratiefrechtelijke literatuur. Welke zaken worden door de bepalingen bestreken? In navolging van Hauriou begrijpt Meijers ook roerende zaken (bijvoorbeeld kunstvoorwerpen) en zaken waarvan het publiek geen vrij gebruik kan maken⁷⁶¹.

De consequenties van het buiten de handel zijn komt neer op onvervreemdbaarheid (inaliénabilité) en de onvatbaarheid voor verjaring (imprescriptibilité). Deze begrippen worden door Meijers uitgewerkt, waarin hij wordt bijgevalen door Hofmann⁷⁶². De mogelijkheid van verkrijging van beperkte rechten⁷⁶³ door verjaring wordt in de wet geboden door (een ruime uitleg van) de slotwoorden van artikel 577 BW. Aan het administratiefrechtelijke commentaar van De Récy ontleent Meijers een drietal kwesties waarin de onvervreemdbaarheid wordt geconcretiseerd. In de eerste plaats de vraag of een overheidsorgaan in de wet tot vervreemding bevoegd is verklaard⁷⁶⁴. In de tweede plaats speelt de vraag of aan de vervreemding een verklaring vooraf moet gaan dat de openbare bestemming is gewijzigd. In het Nederlandse recht impliceert de vervreemding reeds een besluit tot bestemmingswijziging. De derde kwestie ten slotte behelst de vraag of beperkte rechten gevestigd kunnen worden. Dat is mogelijk omdat private

759. Suijling, J.Ph., *Inleiding tot het burgerlijk recht*, 5e stuk (zakenrecht), 1940, § 14., p. 154.

760. Meijers, E.M., Publiek domein en zaken buiten den handel, *WPNR* 2543-2547 (1918), p. 441.

761. Zie Hauriou, M., (1933), p. 804: '(...) sont dépendances du domaine public toutes les choses qui, étant propriétés administratives, ont été l'objet d'une affectation formelle à l'utilité public.'

762. Hofmann, L.C., *Het Nederlandsch zakenrecht* (1933), p. 33-35.

763. De verkrijging van de eigendom door verjaring wordt verhinderd door de artikelen 593 en 990 BW.

764. Meijers, E.M., (1918), p. 454. Nog steeds geldt dan in Nederland de Franse wet van 1 december 1790, die verklaart dat vervreemdingen op een wet dienen te berusten. Artikel 8 van de wet van 22 november/1 december 1790 verklaart dat de domaines nationaux 'peuvent être vendus et aliénés (...) en vertu d'un décret formel du corps législatif (...).'

rechten op publiek domein onafhankelijk van de bestemming kunnen worden uitgeoefend.

De eigen rechtspositie van publiek domein komt door erkenning van de bepalingen over zaken buiten de handel duidelijker naar voren. De toepasselijkheid van deze bepalingen heeft een belangrijke functie:

‘Zelfs echter, indien thans practisch de beteekenis der wettelijke voorschriften van zaken buiten den handel geheel ontbrak, dan nog zouden zij een theoretisch bestaansrecht hebben; zij zijn een uitdrukking der waarde, die aan het ten algemeenen nutte bestemde gemeenschappelijk eigendom van het volk wordt toegekend; wat eenmaal ten nutte van het algemeen strekt, kan niet zonder goedvinden van het volk of zijn organen in privaatbezit overgaan, het moet volkseigendom blijven.’ ⁷⁶⁵

Het is dit theoretisch bestaansrecht dat Meijers ertoe brengt om in zijn ontwerp voor Boek 5 wel een bepaling over publiek domein op te nemen, een bepaling die door de hem na 1954 opgevolgde codificatoren niet wordt opgenomen, omdat juist het praktische element er aan zou ontbreken ⁷⁶⁶. Alleen voor veralgemening vatbaar werd geacht de (eerst in de Wegenwet geregelde) bewijslast met betrekking tot de *eigendom* (artikel 5:28 BW). De bepalingen over zaken buiten de handel zijn niet teruggekeerd. Hun plaats is ingenomen door een enkele zeer algemene bepaling die publiekrechtelijke regels in het algemeen van toepassing verklaart ⁷⁶⁷.

3. *Domaine public*

In het *Weekblad voor gemeentebelangen* wordt in het begin van de jaren dertig krachtig stelling genomen tegen een *bepaald* gebruik van eigenaarsbevoegdheden van de staat: het verlangen van een vergoeding voor gebruik, in combinatie met publiekrechtelijke bevoegdheden (het verlenen of intrekken van een vergunning) ⁷⁶⁸. Kort nadien zal door Vos de leer van *domaine public* weer met kracht worden verdedigd:

‘Het is in de eerste plaats de overweging, dat alle schrijvers die de stelling verdedigen dat ons recht "slechts één soort van eigendom" kent, in hoofdzaak, en, gelijk wij zeiden, zonder veel

765. Meijers, E.M., (1918), p. 471; met instemming aangehaald door Van Maanen, G.E., *Publiek domein en het belang van de overheid bij bodemsanering: een ongewasschen varken* (1990).

766. ‘Zowel de vraag of de zaken die aan particulieren in eigendom toebehoren, kunnen behoren tot de ten algemeenen nutte bestemde zaken, als de vraag, hoe de publieke bestemming ontstaat en tenietgaat, en wat de rechtsgevolgen van deze bestemming zijn, kunnen niet op gelijke wijze worden beantwoord(...)’ Van Zeben, C.J. e.a., *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek*, boek 5, p. 141, op artikel 5.3.8.

767. 3:14. Een bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt, mag niet worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht. Ook Meijers had deze bepaling opgenomen, maar dan in de Inleidende Titel, artikel 9.

768. Vos, H., Intrekking van vergunningen, *Weekblad voor gemeentebelangen* 19 sept.1930, p. 327-328; Vink, J., Geen knevelarij, *Weekblad voor gemeentebelangen* 21 nov.1930, p. 399-401.

variatie, zich ertoe bepalen, hiervoor in te roepen de bedoelingen van ons Burgerlijk Wetboek en den tekst van enkele zijner artikelen (...). In de tweede en voornaamste plaats sterkt ons voor ons betoog de overtuiging, dat men het rechtskarakter van publieke zaken in het algemeen en van publieke wegen in het bijzonder, niet opbouwt uit regelen van privaatrecht, gelijk die in ons burgerlijk wetboek zijn neergelegd, maar uit het wezen en de beginselen van het publieke recht zelf.⁷⁶⁹

Daarbij sluit hij zich aan bij de Franse en Duitse voorstanders van die constructie: Hauriou, Duguit en Mayer. De publiekrechtelijke eigendom staat naast de privaatrechtelijke eigendom. Wanneer sprake is van publiek domein en de zaak aan de overheid zelf in privaatrechtelijke eigendom toebehoort, lost deze privaatrechtelijke eigendom zich op in de publiekrechtelijke. Hierin is bij uitstek Mayers constructie te herkennen, die immers het öffentliches Eigentum liet ontstaan nadat de overheid een aan haar toebehorende zaak door 'Widmung' een openbare bestemming heeft gegeven. Vos had weinig succes met zijn standpunt, dat vooral rustte op een argumentatie ontleend aan het publiekrecht; tekst, systeem en bedoeling van de betreffende artikelen uit het Burgerlijk Wetboek hebben voor hem weinig waarde. Hoewel hij aangaf het idee: '(...) dat ooit de Hoge Raad zou meegaan met een leer, die het den Staat mogelijk maakt, de beginselen, die hem met betrekking tot een zaak als overheid krachtens publiekrecht binden, als eigenaar van die zaak krachtens privaatrecht weder opzij te zetten (...)’ niet goed denkbaar te achten, zal in 1941 de Hoge Raad in het parlevinker-arrest de door Vos verworpen stelling betrekken, in navolging van procureur-generaal Berger⁷⁷⁰. De privaatrechtelijke eigendom zal voor de overheid in latere jaren onderschreven worden als uitgangspunt⁷⁷¹.

D. CONCLUSIES PUBLIEK DOMEIN

De privaatrechtelijke leer is de heersende, maar blijkt bij nadere beschouwing toch aan kritiek onderhevig te zijn. Door Goudekot, Scholten en Scheltema wordt de heersende leer stevig verankerd. Kritieken komen van Suijling, van Meijers en van Vos. De heersende leer gebruikt aan tekst en systeem van het BW ontleende argumenten, maar schraagt deze tevens met het algemeen belang, de maatschappelijke noodzaak. Zo

769. Vos, H., Publiek domein, *Weekblad voor gemeentebelangen* 20 februari 1931, p. 61-63.

770. HR 17 januari 1941, *NJ* 1941, 644. Zie ook: Teunissen, J.M.H.F. (1996), hoofdstuk 3, met name p. 133.

771. De meeste schrijvers blijven deze privaatrechtelijke benadering voorstaan. De rechtspraak van de Hoge Raad is eveneens eenduidig: met de publiekrechtelijke benadering als door het Hof Amsterdam in de kwestie van de lozingen op het IJsselmeer door de gemeente Huizen werd door de Hoge Raad korte metten gemaakt. Zie HR 19 januari 1962, *NJ* 1962, 151; zie ook Eindhoven-Staats, HR 19 januari 1968, *NJ* 1968, 166; Asser/Beekhuis II (1990), nr. 123; uitzonderingen zijn: Reehuis/Heisterkamp nr. 550-552; Tak, A.Q.C., en J.M.H.F. Teunissen, 'Een ieder neemt voldoende zorg voor het milieu in acht'. Wie zorgt er voor de rechtsstaat? Een voortgezet debat. *Recht en Kritiek* 20 (1994) 4, 340-354; Teunissen J.M.H.F., en A.Q.C. Tak (1994), Recht ist was der Umwelt nützt? *Nederlands Juristenblad* 1994, 18, p. 605-617.

geschiedt met de toekenning van de eigendom: wie het meerdere kan (bestemming opheffen) mag ook het mindere (gebruikmaken van eigenaarsbevoegdheden), aan de staat kan men gerustelijk de eigendom overlaten (Goudekete); met de niet-toepasselijkheid van de zaken buiten de handel (tekst en systeem). Zo ook Scholten die met zijn gemene rechtsleer de privaatrechtelijke eigendom wel als uitgangspunt moet nemen.

Degenen die kritiek leveren hebben grammaticale en systematische (het Burgerlijk Wetboek zegt niets over overheidsgezag) argumenten, maar ook aan het algemeen belang ontleende (Suijling). Meijers wijst op de aanwezigheid van de bepalingen over zaken buiten de handel en acht ze van toepassing om redenen van algemeen belang, maar wettekst en systematiek spelen bij hem evenzeer een rol. Vos is tenslotte vanwege het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht voor toepasselijkheid van alleen publiekrecht op publiek domein.

Van het Franse en het Duitse recht wordt een uitvoerige vergelijkende weergave gegeven, door beide partijen. De gebruikte bronnen zijn voor een klein deel als rechtshistorisch te kwalificeren, voor een veel groter deel als rechtsvergelijkend. Scholten (Planiol en Windscheid) en Goudekete wijzen op de Franse en Duitse theorieën met betrekking tot overheidseigendom. De belangrijkste Franse en Duitse meningen worden weergegeven en vervolgens geaccepteerd of verworpen. Met name de Franse omslag als door Barckhausen bewerkstelligd en door vele Franse auteurs overgenomen, wordt gebruikt: ook in Frankrijk heeft een omslag naar een uniform privaatrechtelijke benadering plaatsgevonden (Hauriou en Baudry-Lacantinerie). Die omslag is bepaald minder stellig dan in Nederland; alleen de onderbouwing in de Code civil wordt van het onderscheid publiek en privaat domein wordt ondergraven. De visie van Mayer wordt, net als eerder Van Geleijn Vitringa deed, ook door Goudekete bestreden.

Ook de tegenstanders van de (extreme) privaatrechtelijke benadering gebruiken eveneens Frans en Duits recht. Meijers ontleent veel aan Hauriou, en acht in navolging van het Franse recht de bepalingen over zaken buiten de handel toepasselijk. Vos sluit zich vooral aan bij Mayers leer van de öffentlichrechtliche Eigenthum en maakt ook van Hauriou en Duguít gebruik.

§ 5. De relativiteit der onrechtmatige daad

A. DE ABSOLUTE ONRECHTMATIGHEID

Elke onrechtmatige daad, waardoor aan een ander schade wordt toegebracht, stelt dengeenen, door wiens schuld die schade veroorzaakt is in de verplichting om dezelve te vergoeden. Wanneer de nadruk bij lezing van artikel 1401 zo op het eerste woord wordt gelegd, is sprake van een absolute opvatting van onrechtmatigheid. In het arrest Slegten-

Westenenk uit 1917 wordt deze opvatting vertolkt⁷⁷². Deze uitleg biedt de mogelijkheid tot een wat ruimere aansprakelijkheid te komen in de beperkte opvatting van onrechtmatigheid uit het Zutphense waterleiding-arrest⁷⁷³. Tegelijk kan deze absolute visie de poorten wijd openen voor een te ruime aansprakelijkheid. Deze verwachting brengt Van Geleijn Vitranga tot de, aan het Duitse recht ontleende formulering van het relativiteitsvereiste. Meijers en Scholten nemen stelling tegen dit nieuwe vereiste.

1. Meijers' argumentatie

In een noot onder het brandstichtingsarrest⁷⁷⁴ stelt Meijers dat de eis van de relativiteit een overbodige is: 'Het is zeer de vraag, of in deze bepaling een vooruitgang der wetenschap is te zien' zegt Meijers, want de meeste rechtsregels zijn als absolute regels overgeleverd. Sommige niet, maar die nu kennen wij in een andere juridische constructie: verbintenissen. Het is juist door het element van relativiteit waarin zich de wanprestatie van de onrechtmatige daad onderscheid. Dat onderscheid kent een lange historie. In het Romeinse recht vond, zo vermeldt Meijers, een ontwikkeling plaats van een relatieve onrechtmatige daad (slechts de gelaedeerde eigenaar heeft een actie) naar een meer absolute (een ieder die het aangaat heeft een actie) benadering⁷⁷⁵. Beide benaderingen, een absolute, en een meer relatieve, treft Meijers aan in de negentiende-eeuwse beoefening van het Duitse recht⁷⁷⁶. In Nederland wordt echter sinds Hugo de Groot de absolute benadering aangehangen. Op grond van rechtshistorische en rechtssystematische argumenten heeft Meijers een voorkeur voor de absolute onrechtmatigheid.

Daarnaast vergelijkt Meijers met het Duitse recht. De eis van de relativiteit wordt niet gesteld bij § 826 BGB, bij de overtreding van *ongeschreven* normen⁷⁷⁷. In een uitspraak van het Reichsgericht, 11 maart 1912 wordt een absolute interpretatie gegeven. Eveneens verwijst hij naar Oertmann:

'Diese Haftung erfordert: a) Schadenszufügung, im weitesten Sinn gemäß §§ 249 ff., also irgendwie nachteilige Beeinflussung der Interessenlage in ihrer Gesamtheit, wie nach § 823

772. Zie hoofdstuk 6 § 5.C.1.

773. HR 10 juni 1910, W. 9038; zie § 6.5.3.1; Van Maanen, G.E., *Onrechtmatige daad* (1986), p. 198; Van Maanen, G.E., *De Zutphense juffrouw en de ontrouwe bediende van Lindenbaum* (1995), passim.

774. HR 24 januari 1930, NJ 1930, p. 299.

775. De ontwikkeling van het Romeinse recht vindt Meijers beschreven in Fadda, *Rapporti del condottore coi terzi in tema di danni* (1891) en bij Jhering, R., Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen, in: *Jahrbücher für Dogmatik* 23, p. 287.

776. Windscheid, B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, deel 2, § 455, n. 17; Dernburg, H., *Pandekten* deel 2, § 131; Glück, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten*, deel 10, § 704, p. 375.

777. § 826. Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem andern vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem andern zum Ersatze des Schadens verpflichtet.

Abs.2, nicht nur Verletzung eines besonderen Rechts oder Rechtsgutes im Sinne von § 823

Abs.1, so auch RG. VI v. 11 März 1912.⁷⁷⁸

Vanaf 1937 wordt het relativiteitsvereiste door de Hoge Raad ook op ongeschreven normen toegepast⁷⁷⁹. Scholten is, hoewel minder uitgesproken dan Meijers, eveneens tegen de toevoeging van dit vereiste. In een noot onder het Intercueros-arrest, in 1929, laat hij blijken het begrip 'wèl rechtmatig tegenover den een en niet rechtmatig tegenover den ander' niet zo helder te vinden⁷⁸⁰. In hun kritiek wordt nauwelijks aandacht besteed aan de vraag, hoe het dogmatisch mogelijk is om niet tot een aansprakelijkheid te komen. Alleen door een korte mededeling in een noot wordt duidelijk dat Meijers de oplossing in 'schuld' ziet⁷⁸¹. Anderen waren van aanvang af explicieter in hun uitwerking van hun oplossing: die zagen zij ofwel in causaliteit, ofwel in schuld gelegen⁷⁸².

B. CAUSAAL VERBAND

1. *Het dubbele causale verband van Besier*

In zijn conclusie voor het arrest Marchant maakt Besier gebruik van een dubbel causaal verband. Het ene verband is de causale relatie tussen daad en schade, het andere verband bestaat tussen de *onrechtmatigheid* en de schade. Dat laatste verband ontbreekt in het geval Marchant. Tussen de onrechtmatigheid van de onteigening en de door Marchant geleden schade ontbreekt causaal verband. Die schade zou ook veroorzaakt zijn, wanneer de onteigening geheel volgens de regels (dus met een ter inzagelegging) zou hebben plaatsgevonden. Op deze wijze kan een absolute onrechtmatigheid gematigd worden⁷⁸³. Anderen zouden het causale verband eveneens aangrijpen om een alterna-

778. Oertmann, P., *Recht der Schuldverhältnisse*, 5e druk, p. 1407 onder 2 a. Uit het genoemde arrest: 'Es wäre auch kein innerer Grund dafür erkennbar, warum ein Verhalten sofern es überhaupt gegen die guten Sitten verstößt, nur gewissen Personen gegenüber eine Schadenersatzpflicht begründen sollte, anderen gegenüber dagegen nicht.'

779. HR 11 maart 1937; *NJ* 1937, 899. Hofmann wordt door dit arrest duidelijker gekant tegen de eis van de relativiteit. Als argumenten noemt hij de onbillijke uitkomst (van bijvoorbeeld het brandstichtings-arrest); het gebruik dat de Hoge Raad maakt van de relativiteitseis bij schending van ongeschreven normen, waarbij Hofmann vermeldt dat in het Duitse rechtsselsel die theorie alleen bij de overtreding van *wettelijke* bepalingen gebruikt wordt. Daarnaast noemt hij de mogelijkheid ofwel via de beantwoording van de vraag of er sprake is van een causaal verband tussen onrechtmatige daad en schade hetzelfde resultaat te bereiken, ofwel door te beoordelen of wellicht *schuld* ontbreekt. Het is de argumentatie van Meijers die zich na lezing van Hofmann opdringt. Hofmann, L.C., *Het Nederlandsch verbintenissenrecht*, deel I (6e druk 1941), p. 314-315.

780. Scholten, P., noot onder HR 28 februari 1929, *NJ* 1929, 905. Zo ook Scholten onder HR 19 juni 1931, *NJ* 1931, 1303.

781. HR 11 maart 1937, *NJ* 1937, 899.

782. Lankhorst, G.H., (1992), p. 49-74.

783. HR 25 mei 1928, *NJ* 1928, 1688, m.n. Meijers; zie verder hoofdstuk 6 § 5.E.

tief voor te staan. Telders leverde kritiek op dit in zijn ogen onmogelijke causale verband⁷⁸⁴.

2. Andere voorstanders van het causale verband

De belangrijkste verdediger van het causaal verband als criterium om de aansprakelijkheid te beperken is Wolfsbergen, die zijn bezwaren uiteenzet in een bekende polemiek met Telders: 'Is er echter, om in de praktijk tot redelijke resultaten te geraken, eenig nut te verwachten van een gewrongen constructie als blijkbaar de Duitse jurisprudentie te zien geeft?'⁷⁸⁵ Wolfsbergen meent van niet: het is de causaliteit waarin de oplossing ligt verscholen. Hoe werkt Wolfsbergens oplossing van het causaliteitsvereiste? Daarbij moet niet, zoals Wolfsbergen vermeldt, de 'conditio sine qua non' benadering van Telders worden gebruikt maar de adaequatietheorie. Er moet dan een antwoord gegeven worden op de vraag of er een causaal verband aanwezig is tussen de *onrechtmatige* daad en de schade⁷⁸⁶. In een concreet geval moet onderzocht worden of de schade zou zijn ingetreden, indien de onrechtmatigheid aan de daad had ontbroken. In die analyse moet dan uitgegaan worden van een fictie in plaats van het concrete te beoordelen geval⁷⁸⁷. Uit het Duitse recht voert Wolfsbergen meningen aan die zijn opvatting zouden ondersteunen⁷⁸⁸. Dit illustreert hoezeer in Duitsland zelf onduidelijkheid bestaat over de betekenis van § 823 BGB.

Naast Wolfsbergen wordt de weg der relatieve causaliteit ook in meer of mindere mate bewandeld door Wertheim, Fruin⁷⁸⁹, Van Nispen tot Sevenaer en De Haan⁷⁹⁰. Door Wertheim wordt in 1930 het nieuwe vereiste en de andere oplossing middels de causaliteit vergeleken met de in Frankrijk, Duitsland en Zwitserland aangehangen meningen⁷⁹¹. In de Franse rechtswetenschap wordt een absolute benadering van de onrechtmatigheid voorgestaan. Demogue is een uitzondering⁷⁹². Planiol geeft de absolute benadering weer: 'Toute personne lésée par la faute a le droit d'être indemni-

784. Zie hoofdstuk 6 § 5.F.

785. Wolfsbergen, A., Normatieve onrechtmatigheid of causale onrechtmatige daad, *WPNR* 3115-3116 (1929), p. 474.

786. Zie hoofdstuk 3 § 1.

787. Lankhorst, G.H., (1992) p. 56; zie ook Hartkamp in Asser/Hartkamp III (1994), nr 107.

788. Bij Planck, Greiff en Dernburg vindt hij zinsneden die op de causaliteit zouden wijzen. Wolfsbergen, A., (1929), p. 474 in noot 3.

789. Fruin, H.M., De tegenwoordige stand der jurisprudentie betreffende de onrechtmatigheid in art. 1401 BW, in: *Rechtsgeleerd Magazijn* (1932), p. 28 ev, met name p. 42. Fruin gebruikt dezelfde Duitse bronnen als Van Geleijn Vitringa en Telders.

790. Van Nispen tot Sevenaer, De beteekenis van het algemeen welzijn ten aanzien van privaatrechtelijke verhoudingen, *Rechtsgeleerd magazijn* 1937, p. 300; De Haan, C.J., Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, *WPNR* 3704-3705 (1940), p. 601. Zie ook: De Haan, C.J., Eenige beschouwingen over het leerstuk der onrechtmatige daad, *Rechtsgeleerd magazijn* 1938, p. 351-372.

791. Wertheim, W.F., *Aansprakelijkheid voor schade buiten overeenkomst* (1930), p. 102 ev.

792. Wertheim, W.F., (1930), p. 105; zie hoofdstuk 6 § 5.D.2.

sée.⁷⁹³ In het Franse en Belgische recht heeft het in Nederland gewortelde vereiste van de relativiteit niet kunnen inburgeren. Wertheim sluit zich aan bij de woorden van Von Thur:

'Aus der Verletzung gesetzlicher Vorschriften entsteht Schadenersatz nur dann, wenn diese Vorschriften den Schutz des Geschädigten bezwecken; dienen die Vorschriften einem anderen Zweck, so ist der Kausalzusammenhang zwischen der widerrechtlichen Handlung und dem Schaden nicht adäquat.'⁷⁹⁴

De causaliteitsvraag beperkt de aansprakelijkheid. Schade die niet is geleden in het door de overtreden norm beschermde belang, is eveneens niet een 'redelijkerwijs te verwachten gevolg' van de onrechtmatige handeling.

C. SCHULD OF DE LEER VAN SMITS

Vigelius (1935), Smits (1938) en Kist (1941)⁷⁹⁵ gebruiken het begrip schuld voor matiging van de aansprakelijkheid. Vigelius' typeert de relativiteit als een 'wanstaltige overwoekering'.⁷⁹⁶ Het nieuwe vereiste maakt het leerstuk van de onrechtmatige daad nodeloos ingewikkeld.

'En zoo kwam men ertoe er maar een nieuwe theorie bij te verzinnen, krachtens welke de schade moest zijn geleden in het belang, dat de overtreden norm wil beschermen. Men zou nooit de leer uit Duitsland hebben hoeven te importeerden, als men het woord onrechtmatig eens eindelijk geheel had durven uitbannen en art. 1401 lezen in het licht der historie: "Wie schade door schuld veroorzaakt, moet deze vergoeden". Maar in plaats van deze eenvoudige en allersoepelste formule dankbaar te benutten, trachtte men "soepelheid" te brengen met de plompe Schutznormerei'.⁷⁹⁷

Daarbij kan zich volgens Vigelius, in navolging van Langemeijer, voordoen dat de aansprakelijkheid te zeer wordt beperkt doordat de aandacht wordt gericht op geschreven normen⁷⁹⁸. Smits onderschrijft de argumenten van Vigelius en gebruikt bovendien het Duitse recht. De Nederlandse jurist legt de Duitse relativiteit geheel verkeerd uit; met de toepassing door Telders en de Hoge Raad van het relativiteitsvereiste wordt de Duitse 'Schutznormleer' misvormd tot 'iets wat noch de Duitse wetgever daarmede

793. Planiol, M., II (1921), nr. 892, p. 293. Opvallend is dat Wertheim ondersteuning vindt bij Planiol. Planiol stond ooit een relatieve benadering voor in een annotatie. Zie CC 7 augustus 1895, *DP* 1896, 1.81. Zie ook Lankhorst, G.H. (1992), p. 13.

794. Wertheim, W.F., (1930), p. 114-115.

795. Kist, J. De leer der relatieve onrechtmatigheid, *WPNR* 3734-3736 (1941), p. 302.

796. Vigelius, C.C., De elementen van art. 1401 BW, uit: *Rechtskundige opstellen Meijers*, (1935), p. 824.

797. Vigelius, C.C., De elementen van art. 1401 BW, in: *Rechtskundige opstellen Meijers* (1935), p. 839. Vigelius gebruikt als eerste de term 'Schutznorm'.

798. Vigelius, C.C., (1935), p. 843; zie hoofdstuk 6 § 5.F.

heeft bedoeld, noch de Duitse rechtspraak of doctrine er van hebben gemaakt'⁷⁹⁹. Wat wordt volgens Smits in het Duitse recht verstaan onder de eis van de relativiteit? In de eerste plaats is de Duitse bepaling niet gedacht als een relativisering van een absolute onrechtmatigheid, doch als een hulpmiddel van wetsuitleg. In de tweede plaats wordt in Duitsland de relativisering niet op ongeschreven regels toegepast, want:

'Geheel buiten de Schutznormleer staan ook de ongeschreven normen, voorzoverre daaraan het BGB in § 826 voor het onrechtmatigheidsoordeel bij toebrenging van vermogensschade in het algemeen betekenis toekent'.⁸⁰⁰

Ongeschreven normen kunnen bovendien moeilijk precies geformuleerd worden, terwijl dit nu juist een vereiste is om te komen tot een vaststelling van de omvang van de beschermende werking⁸⁰¹. Smits' oplossing ligt in een toetsing aan 'ongeschreven normen van behoren':

'Zonder dat men de bestemmingstheorie noodig heeft, kan men aan ongerechtvaardigde aansprakelijkheid op grond der gegeven wetsovertreding ontkomen door de aansprakelijkheid van den wetsovertreder afhankelijk te maken van het antwoord op de vraag of hij, onder de gegeven omstandigheden, met het oog op de voorzienbare gevolgen (rechtsinbreuk, schade voor anderen) deze wetsovertreding had behoren na te laten.'⁸⁰²

Het is aldus de toetsing aan ongeschreven zorgvuldigheidsnormen, de later als 'leer van Smits' bekend geworden constructie, die niet alleen de andere onrechtmatigheidscriteria, maar ook de relativiteit overbodig zou kunnen maken⁸⁰³. Ondanks alle kritiek krijgt het relativiteitsvereiste een plaats in de nieuwe Nederlandse privaatrechtelijke wetgeving⁸⁰⁴.

799. Smits, P.H., Iets over de vraag der relativiteit der onrechtmatigheid bij onrechtmatige daad in verband met de door den Hoogen Raad onderscheiden onrechtmatigheidsvormen, *WPNR* 3586-3589 (1938). Deze kritiek tegen het vereiste van de relativiteit wordt vaker, en in later jaren gehoord: zie Van Dunné, J.M., Aansprakelijkheid en verweren bij bodemverontreinigingen uit het verleden, *Tijdschrift voor Milieuaansprakelijkheid* (1992), p. 98-104.

800. Voor § 823 BGB: zie boven, hoofdstuk 6 § 5.A. § 826. Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenen Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet.

801. Voor zijn bespreking van de Duitse leer maakt Smits gebruik van een uitgebreide hoeveelheid Duitse literatuur. De revue passeren: de *Motive zu dem Entwurfe eines BGB*, en de diverse commentaren Staudinger en Planck, Oertmann en verder Detmold (*Der Begriff des Schutzgesetzes*) en Leonhard (*Besonderes Schuldrecht*).

802. Smits, P.H., (1938), p. 491.

803. Daarover: *Asser-Hartkamp* III, (1994), nr. 54 en 106.

804. Zo lijkt ook Wolfsbergen iets van zijn tegenstand tegen de relativiteit van de onrechtmatigheid terug te nemen. Het lijkt hem dat de Hoge Raad 'de consequenties van die leer binnen enge grenzen houdt'; zie ook: De toepassing der normenleer bij BW 1401 door de HR, *WPNR* 3442 (1935), p. 555.

D. CONCLUSIES RELATIVITEIT

Er is sprake van een principiële stellingname tegen het relativiteitsvereiste. Absolute onrechtmatigheid is voor deze tegenstanders het systematisch uitgangspunt voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Bovendien zijn meer voor de hand liggende manieren denkbaar om aansprakelijkheid te beperken. Dat zijn de in de wet te vinden vereisten van causaal verband en schuld. Deze principiële tegenstand tegen de relativiteit baseert zich sterk op grammaticale, systematische en historische argumentatie.

In de rechtshistorische argumentatie wordt gebruik gemaakt van buitenlandse rechtsstelsels. Zo grijpt Meijers terug op de Franse wetgeving, het Romeinse recht en het geleerde recht ter illustratie van een ontwikkeling van een relatief naar een absoluut stelsel. Bovendien proberen tegenstanders van de relativiteit op drie wijzen het vereiste van de relativiteit te ondergraven aan de hand van het Duitse recht: in de eerste plaats zou de Duitse constructie een minder juiste, overbodige, soms zelfs een gewrongen constructie zijn. In de tweede plaats wordt aangevoerd dat er ook in Duitsland andere standpunten worden gehuldigd. Dit standpunt kan dienen als illustratie van de moeilijkheden die in de Duitse rechtswetenschap zelf werd ondervonden bij de uitwerking van de relativiteit. In de derde plaats wordt gesteld dat de Duitse leer in Nederland door de voorstanders van de relativiteit verkeerd begrepen is.

§ 6. Conclusies over de periode 1910-1940

A. DE HEERSENDE MENINGEN

Afzonderlijke wetgeving met een verlichting van de stelplicht en bewijslast wordt vanaf 1925 bewerkstelligd voor auto's. Toepassing van een algemeen artikel met een vereenvoudiging van aansprakelijkheid voor zaken wordt slechts incidenteel voorgestaan. Beide oplossingen, afzonderlijke wetgeving en een algemene aansprakelijkheid voor zaken worden uiteindelijk in het nieuwe Burgerlijk Wetboek en in afzonderlijke wetgeving opgenomen.

De balans van de discussie over artikel 2014 slaat langzaam door in de richting van de legitimatieleer. In de rechtspraak worden verschillende vereisten telkens afzonderlijk aangenomen. Eerst in 1951 wordt het belangrijkste deel van de leer door de Hoge Raad uitgesproken: alleen in geval van beschikkingsonbevoegdheid biedt 2014 soulaas voor de derde-verkrijger; deze verkrijgt in dat geval de eigendom; het bezit van de zaak alleen is onvoldoende om de eigendom te verkrijgen. De tegenstand tegen de legitimatieleer in de doctrine neemt af.

De uniform privaatrechtelijke benadering van publiek domein blijft bij uitstek de heersende leer. Enkele kanttekeningen worden bij dit privaatrechtelijk uitgangspunt geplaatst. Deze kanttekeningen zijn gebaseerd op de bijzondere positie van publiek do-

mein: het privaatrecht is niet geschreven voor deze rechtsbetrekking; ten onrechte worden publiekrechtelijke bepalingen (over zaken buiten de handel) die in het burgerlijk wetboek staan, buiten toepassing gelaten; geheel volgens publiekrecht moest publiek domein worden bestuurd. Het relativiteitsvereiste ontstaat dank zij een grote vrijheid in de uitleg van een wettelijke bepaling. De kritiek richt zich daarop. De meest fundamentele kritiek baseert zich op het onderscheid tussen de absolute onrechtmatige daad en de relatieve verbintenis. De criteria zoals die in artikel 1401 zijn opgenomen, zijn voldoende om aansprakelijkheid te begrenzen.

B. ONTLEENDE ASPECTEN

In de discussie over aansprakelijkheid voor zaken zijn een drietal aspecten ontleend aan andere stelsels. Dat is in de eerste plaats het onderscheid dat Suijling aanbrengt tussen gevaarlijke en niet-gevaarlijke zaken. Dat ontleent hij aan de Franse jurisprudentie tussen 1927 en 1930, en aan Ripert. De wetgeving voor auto's wordt ontleend aan de eerder in Duitsland en Oostenrijk tot stand gekomen wetgeving. In de derde plaats wordt in het nieuwe Burgerlijk Wetboek een bepaling voor gebrekkige zaken opgenomen, ontleend aan de Belgische jurisprudentie en doctrine sinds 1900. De toepasselijkheid van de bepalingen over zaken buiten de handel ontleent Meijers (deels) aan de Franse rechtswetenschap. De publiekrechtelijke constructie van Vos heeft veel gemeen met de 'öffentliche Eigenthum' van de Duitse jurist Mayer.

C. KWANTITATIEVE ANALYSE

In *Themis* blijft het percentage verwijzingen naar Nederlands recht rond de 70%; het percentage verwijzingen naar Frans recht neemt af (van 16 naar 11%); het percentage naar Duits recht is iets toegenomen (van 7 naar 9%) terwijl het percentage verwijzingen naar Romeins recht weer verder is afgenomen (van 6 naar 4%). De verwijzingen bij Suijling geven een ander beeld. Terwijl verwijzingen naar Nederlandse bronnen vrijwel op gelijk niveau zijn als bij *Themis*, wordt door Suijling meer naar Frans (16%), Duits (10%) en Zwitsers recht (5%) verwezen. Het Duitse recht valt ook op in de inhoudsopgave van de beide onderzochte tijdschriften: alle artikelen en boekbesprekingen die bij *Themis* betrekking hebben op een ander stelsel, betreffen het Duitse, en bij het *Rechtsgeleerd Magazijn* is sprake van een aanmerkelijke aanwezigheid van op het Duitse recht gerichte boeken.

D. RECHTSVINDING

Bij de discussie over aansprakelijkheid voor zaken spelen aan de praktijk ontleende argumenten in de eerste plaats, aan tekst en systeem ontleende in de tweede plaats een rol. Beide interpretatiemethoden worden zowel voor de ruime, als de beperkte uitleg worden gebruikt, en in alle methoden van interpretatie wordt tevens van andere rechtstelsels gebruik gemaakt. De ruime uitleg is in het vorige hoofdstuk aan de orde geko-

men (zie hoofdstuk 6 § 6), en maakt bij uitstek gebruik van teleologische argumenten. De beperkte uitleg van 1403 wordt eerst vóór al op tekst en systeem gebaseerd, maar in deze periode wordt tevens gewezen op de onbillijke aspecten van een ruime uitleg van 1403 voor de gebruiker, of eigenaar van een zaak. Ook in Frankrijk wordt deze kritiek (Esmein) gehoord, en deze wordt in de Nederlandse discussie gebruikt. Suijling is na Opzoomer de eerste van de bekende civilisten die aan tekst en systeem argumenten ontlelen om aan artikel 1403 enige betekenis toe te kennen: alleen voor gevaarlijke zaken is de opzichter aansprakelijk. Dit onderscheid ontleent Suijling aan Ripert en de Franse rechtspraak. In Frankrijk wordt dit onderscheid verworpen, en ook in Nederland zal het niet worden geaccepteerd, met argumenten die ook in Frankrijk worden gebruikt: het onderscheid is niet bruikbaar zijn in de praktijk (Mazeaud). Wel wordt een voordien onbekend onderscheid aan het Belgische recht ontleend (gebrekkige zaken). Billijkheidsargumenten maken dat een beperkte uitleg van 1403 gepaard gaat met een voorkeur voor wetgeving toegesneden op bijzondere zaken, die afwijkt van het gemene onrechtmatige daadsrecht. In de discussie wordt veel ontleend aan Duitse en Oostenrijkse wetgeving.

Artikel 2014 wordt op twee wijzen uitgelegd. De opkomende legitimatieleer van Scholten werd uiteengezet in het vorige hoofdstuk (zie hoofdstuk 6 § 6), de Germaansrechtelijke uitleg verliest gaandeweg terrein. Met name Meijers en Hofmann maken zich sterk voor deze uitleg en gebruikten daarvoor hoofdzakelijk aan tekst, systeem en historie ontleende argumenten. In dat verband wordt gebruik gemaakt van Franse en Duitse bronnen voor de historie van 'bezit geldt als volkomen titel.' Voor aan tekst en systeem gebaseerde argumenten worden door Meijers eigentijdse Franse bronnen gebruikt (Planiol, Colin/Capitant).

De heersende privaatrechtelijke leer bouwt voort op met een op tekst en systeem van de wet gebaseerde argumentatie. Ook een teleologisch argument wordt gebruikt. Het 'algemeen belang' zou het beste zijn gediend met een onbelemmerde uitoefening van eigenaarsbevoegdheden door de overheid. Het Franse recht biedt ondersteuning voor dit standpunt. Ook daar heeft een omslag plaatsgevonden naar het privaatrechtelijk concept van overheidseigendom (Barckhausen, Hauriou). Het is slechts een deel van de leer van Proudhon die met vrucht is bestreden, namelijk het op de *Code civil* gebaseerde deel van de argumentatie (Barckhausen). In Frankrijk blijft een onderscheid aanwezig. Juist rond de eeuwwisseling vindt de Franse leer van het domaine public ingang in de Duitse rechtswetenschap, in de 'öffentliche Eigenthum' van Otto Mayer. Zowel deze Duitse theorie, als Franse uiteenzettingen worden in de Nederlandse literatuur verworpen. Er dienen zich een drietal critici van de privaatrechtelijke benadering aan in de Nederlandse discussie: Suijling, Meijers en Vos. Zij zullen zich in oplopende intensiteit verzetten tegen een benadering die al te zeer de eigendomsbevoegdheden aan de overheid zal toekennen, en gebruiken daarvoor argumenten die vooral aan het publiekrecht en algemeen belang zijn ontleend. Daaruit concluderen zij wel tot een onderscheid. Meijers vindt in tekst en systeem van het Burgerlijk Wetboek een argument voor de toepasselijk-

heid van bepalingen over zaken buiten de handel. Meijers en Vos ondersteunen hun argumentatie met behulp van Hauriou en Mayer.

De legitimatieleer wordt geaccepteerd in het Nederlandse recht, maar kent in de beginjaren een aanzienlijke tegenstand. De tegenstand is met name gebaseerd op geschiedenis, tekst en systeem van het Burgerlijk Wetboek. Ondersteuning voor deze (twee: ofwel causaliteit ofwel schuld als oplossing) standpunten wordt uit het Franse recht geput. Daar wordt uitgegaan van een absolute onrechtmatigheid (Demogue, Planiol). Ook het Duitse recht wordt gebruikt: door de voorstanders van de relatieve onrechtmatige daad is het Duitse recht niet begrepen, het is voorts minder juist en ook overbodig, en ook in het Duitse recht, zo wordt vermeldt, worden andere standpunten gehuldigd, en in ieder geval bij ongeschreven normen wordt geen gebruik gemaakt van een relatieve benadering.

E. RECHTSVERGELIJING

Nog steeds wordt bij de bespreking van methoden door civilisten niet algemeen ingegaan op vergelijking met andere rechtssystemen. Maar wel in opkomst is de rechtsvergelijking als afzonderlijke discipline, waarmee ook civilisten als Meijers, Molengraaff, Hoetink, Kisch en Scholten zich bezig houden. Dat heeft op het gebruik van andere systemen bij de beoefening van het privaatrecht een positief effect. Zelfs in deze periode, waarin het accent in de rechtsvinding meer op tekst en systeem van de wet of op herziening van wetgeving komt te liggen wordt in de argumentatie telkens met oplossingen uit andere systemen vergeleken. Dat geschiedt in verband met de rechtshistorie, in verband met een ruimere uitleg, gebaseerd op de 'praktische noodzakelijkheid' van de uitleg, maar zelfs in geval van een op tekst en systeem gebaseerde uitleg. De stellingname van Wttewaal lijkt meer een uitzondering te zijn wanneer we in het merendeel van de standpunten het gebruik van andere systemen zo duidelijk zien geïllustreerd. Wel is in de tijd het percentage verwijzingen naar andere systemen afgenomen, maar dat is een noodzakelijk gevolg van de toename in Nederlandse literatuur. Het inhoudelijk gebruik is (zeker in vergelijking met de periode van het legisme) toegenomen.

Conclusies

§ 1. Inleiding

De vraagstelling van dit onderzoek is de volgende. 'In welke mate en op welke wijze was er in de periode van 1838 tot in recente tijd in de Nederlandse privaatrechtswetenschap sprake van een internationale oriëntatie?' Deze vraag is in een viertal concrete deelvragen werkbaar gemaakt. Deze zijn achtereenvolgens: in welke mate werd naar andere stelsels verwezen in de Nederlandse privaatrechtswetenschap (1); welke (aspecten uit de) behandelde onderwerpen zijn ontleend aan andere rechtssystemen (2); op welke wijze past het aan een ander rechtstelsel ontleende argument in de methoden van rechtsvinding (3); op welke wijze past het aan een ander rechtstelsel ontleende argument in de ideeën over rechtsvergelijking (4). In dat laatste verband wordt tevens de visie op de historische ontwikkeling van rechtsvergelijking aan de orde gesteld. Deze volgorde wordt in de afsluitende conclusie aangehouden (§§ 2 - 5). In een laatste paragraaf (§ 6) wordt kort ingegaan op de betekenis van dit onderzoek voor een Europees privaatrecht.

§ 2. De mate van verwijzingen

Bekeken is hoe de mate van oriëntatie op elk land afzonderlijk zich heeft ontwikkeld. Voorts worden enkele opmerkelijke aspecten gesignaleerd. Verwijzingen naar Nederlandse bronnen zijn over de gehele onderzochte periode het meest talrijk. Er is een opwaartse trend van 40-50% in de eerste periode (1838-1850), naar een 70% in de laatste periode (1910-1940). Dat betekent niet dat de beoefening van het privaatrecht meer een nationale beoefening werd. Het verwijzen naar andere Nederlandse bronnen is gebruikelijk. De Nederlandse bronnen nemen in de loop van de tijd in aantal toe en zijn bovendien toegankelijker dan bronnen uit een ander stelsel.

De mate van verwijzingen naar Romeins recht nam af. Van 15-20% in de eerste periode naar 5% in de laatste periode. Eerst werd het belang van het Romeinse recht nog bena-

drukt, waarbij het (*rationis auctoritate*) bij de uitleg van de nieuwe wetgeving het hoogste gezag toekwam (Den Tex). Bij Diephuis was dat belang van het Romeinse recht vrijwel afwezig. Dat had te maken met zijn eigen kijk op rechtsvinding en de plaats van het Romeinse recht daarin: het Romeinse recht was afgeschaft en het kwam daarom geen gezag meer toe.

Verwijzingen naar Frans recht kwamen veel voor in de eerste periode (40% (in *Themis*) - 60% (bij Diephuis)). Dat neemt af tot 11% (*Themis*) - 16% (Suijling). Assers verwachting in 1838 werd meer dan bewaarheid: '...ja, dat er wel eene halve eeuw en meer zal verlopen, eer dezelve hare kracht zullen verloren hebben.' Naar Belgisch recht werd incidenteel verwezen, met uitzondering van de jaren 1880-1900, na Laurents commentaar op de Code civil. Diephuis maakte veel gebruik van Laurent (11%). Er werd steeds van Duits recht gebruik gemaakt. In de gehele periode nam de frequentie wat toe. Van rond de 5% (1838-1850) naar ongeveer 10% vanaf 1880. Er zijn flinke verschillen tussen de onderzochte schrijvers. In de tweede druk van Diephuis' commentaar was sprake van 4% aan verwijzingen naar Duitse bronnen. In zijn latere systeem was nog slechts een enkele incidentele verwijzing aan te treffen. De Savornin Lohman gaf aan (1907) juist gebruik te maken van het BGB: 'ik meende mij intusschen niet te kunnen beperken tot de Nederlandsche auteurs, maar met name gebruikte moeten maken van het met den aanvang dezer eeuw ingevoerde Duitse burgerlijk wetboek (...)' Ook van andere stelsels werd gebruik gemaakt. Suijling maakte veel gebruik van het Zwitserse recht (5%). Anderen maakten incidenteel van het Zwitserse recht gebruik. Van het Oostenrijkse recht werd incidenteel gebruik gemaakt in de tweede (1850-1880) en de laatste periode (1910-1940).

§ 3. Van buitenlandse rechtsstelsels overgenomen aspecten

In elk onderzocht onderwerp zijn aspecten aangetroffen die afkomstig zijn uit een ander rechtsstelsel of sterke gelijkenis vertonen met een ander rechtsstelsel. Soms zijn dat gehele leerstukken, of een interpretatie van een artikel. Een dergelijke overname was de relativiteit van de onrechtmatige daad. Deze was afkomstig uit de Duitse rechtswetenschap. Een andere ontlening betrof Proudhons *domaine public*. Deze ontleningen zijn bekend. De Bieberstein, leerling van Thorbecke, over artikel 577 BW: 'Geheel kunnen wij ons vereenigen met Proudhon, *Traité du domaine public*.' Van Geleijn Vitringa verwees naar § 823 lid 2 BGB en verklaarde '... stellig moet dit voorbehoud worden gemaakt, dat het belang (...) tevens is het belang tot bescherming waarvan het overtreden wetsvoorschrift strekt.'

Vaker dan deze overdracht van gehele onderwerpen was sprake van aspecten van een onderwerp die aan andere stelsels werden ontleend, of een sterke gelijkenis vertonen met een uitleg in een ander rechtsstelsel. Soms werd een aspect geaccepteerd in het Nederlandse privaatrecht. Vaker was sprake van een door een enkele schrijver aanvaard aspect uit een ander stelsel. In de eerste twee perioden (1838-1880) werd veelal in

verband met een historische uitleg ontleend. Dat gebeurde bijvoorbeeld bij artikel 1403 en artikel 2014 BW, artikelen die letterlijk overgenomen waren uit de Franse Code civil. Zo maakten bijvoorbeeld Diephuis en De Pinto beiden gebruik van het Franse recht in hun verzet tegen een analogische toepassing van artikel 1403 BW op andere zaken dan de genoemde in de artikelen 1403-1405 BW.

In latere perioden (1880-1940) werd vooral aan andere stelsels ontleend in verband met een wenselijke uitleg. Zo werd gepleit voor een Nederlandse regeling van aansprakelijkheid van spoorwegondernemingen conform regelingen in een groot aantal andere Europese staten (onder meer Duitsland en Oostenrijk): 'Niet uit zucht tot navolging van vreemde wetgevingen, maar op grond van een billijke verdeling van den bewijslast (...).' Ook in de uitleg van artikel 2014 BW werd op vergelijkbare wijze van ander recht gebruik gemaakt. Molengraaff en Roelvink gebruikten uit Duitse ontwerpen voor het BGB de voorganger van § 932 BGB: 'Onze conclusie kan geen andere zijn dan, dat een onbeperkt vindicatierecht voor roerend goed [zoals Van Bemmelen voorstond], in strijd met de behoeften van onzen tijd, inderdaad onrecht is (...).' Opvallend is dat in de gehele onderzochte periode aan andere stelsels werd ontleend. Enkele voorbeelden: *domaine public* werd uit het Franse recht rond 1850 geaccepteerd; de invulling van het relativiteitsvereiste uit het Duitse recht werd in de jaren 20 en 30 geaccepteerd; de 'gevaarlijke zaak' van Suijling uit het Franse recht in de jaren dertig van deze eeuw; het verzet tegen de analoge uitleg van artikel 1403 BW sinds 1850; de goede trouw in 2014 werd rond 1890-1910 naar voren gebracht uit het Duitse en Engelse recht; Opzoomers aan Marcadé ontleende uitleg van 2014 in de jaren 50 van de negentiende eeuw. Rond de eeuwwisseling werd in het algemeen veel aan de Duitse rechtswetenschap ontleend.

§ 4. Buitenlandse rechtsstelsels en rechtsvinding

Vaker dan aspecten werden ontleend, was sprake van gebruik van andere stelsels in de argumentatie. De heersende rechtsvindingsmethoden veranderden in de onderzochte periode. Het gebruik van het andere recht in de argumentatie veranderde mee. Dat geschiedde op de volgende wijze.

In de eerste behandelde periode (1838-1850) werd een onderscheid gevonden tussen de eerste literatuur over het Burgerlijk Wetboek en de latere commentaren. De eerste duiding van de nieuwe codificatie gebeurde op een eenvoudige wijze. Uitleg van een Nederlandse bepaling was alleen noodzakelijk wanneer deze grammaticaal afweek van de Franse voorganger. Gewezen zij op de eerste becommentarieerde tekstedities van het Burgerlijk Wetboek zoals de werken van Asser, Lipman, De Martini, en Opzoomers eerste commentaar. Opzoomer: 'De meeste bepalingen onzer wet zijn reeds toegelicht; ik zou eenvoudig moeten overnemen wat door onze uitleggers reeds ontwikkeld is en zich in ieders handen bevindt.' Goudsmit en Opzoomer: '(...) ons eigen wetboek heeft beslist en kan uit zich zelve worden verklaard.' Bij de totstandkoming van het Burgerlijk

Wetboek 1838 en de eerste commentaren werden de verschillen die er in de Franse rechtswetenschap aanwezig waren niet geëxpliciteerd. De kennis van het Franse recht werd voorondersteld bij de Nederlandse juristen, terwijl bovendien sterk geleund werd op de reeds geschreven commentaren op de Franse Code civil. Ook het Romeinse recht viel (hoewel in geringere mate dan het Franse recht) een dergelijke benadering ten deel: de keuze voor een oplossing uit het Romeinse recht werd eveneens niet geëxpliciteerd. Ik wijs hier op de bepalingen over zaken buiten de handel. Pas na verloop van tijd werd gebruik gemaakt van het Franse recht als noodzakelijke rechtshistorische uitleg. Dezelfde standpunten en onderbouwingen als in de Franse rechtswetenschap waren ingenomen, werden in de Nederlandse rechtswetenschap gebruikt. Opzoomer verzuchtte over artikel 1403 dat de wetgever zich maar weer eens aan het vertalen gezet had. De verschillen in uitleg van artikel 2014 kunnen alle worden teruggevoerd op de verscheidenheid aan interpretaties in het Franse recht. Naar deze Franse meningen werd telkens verwezen.

Dit rechtshistorische gebruik van het Franse en Romeinse recht werd voortgezet. Aan de rechtshistorie als middel tot uitleg werd echter steeds minder belang gehecht, en van meer belang werden tekst en systeem van de wetgeving als wijzen van interpretatie. Diephuis: 'Ik heb mij vooral eene exegetische en dogmatische behandeling van het burgerlijk wetboek voorgesteld, en mij daartoe, in de eerste plaats toegelegd op een naauwgezet onderzoek der wet zelve (...).' Andere mogelijkheden voor gebruik van buitenlandse rechtsstelsels werden gevormd. Zo was het administratiefrecht minder gebonden aan de rechtsvinding van civilisten, die tekst en systeem van het Burgerlijk Wetboek op de voorgrond plaatsten. Andere rechtsstelsels konden makkelijker in de argumentatie worden gebruikt. Zo gebruikten Thorbecke en zijn administratiefrechtelijke navolgers het Franse, Duitse en Oostenrijkse recht voor de onderbouwing van *domaine public*. Naarmate de gelding van het Romeinse recht en het Franse recht verder in het verleden kwam te liggen, veranderde het gebruikelijke beroep op het Franse recht door rechtshistorische interpretatie in een beroep op een vergelijkende interpretatie met het eigentijdse Franse recht. Zo besteedde Diephuis zeer veel aandacht aan eigentijdse Franse auteurs bij de interpretatie van artikel 2014 BW. Ook van andere stelsels werd gebruik gemaakt, zoals de Belgische rechtswetenschap (Laurent), en de Duitse rechtswetenschap (met name in de discussie over publiek domein). De belangrijkste mogelijkheid om van andere rechtsstelsels gebruik te maken werd in de periode van het legisme geboden door de argumentatie naar het *ius constituendum*, het recht, zoals dat zou behoren te luiden. Binnen dit deel van de privaatrechtswetenschap was de wetenschap vrij. Daar bestond de mogelijkheid om een keur aan buitenlandse regelingen de revue te laten passeren. Op deze wijze werd door Opzoomer de Franse theorie van het *domaine public* voorgestaan. Met de onderbouwing van deze theorie voor het geldende recht had hij problemen. Tekst en systeem van het Burgerlijk Wetboek waren daar de belangrijkste methoden van uitleg en voor de acceptatie van *domaine public* schoot dat te kort. In de vergadering van de Nederlandse Juristen-Vereniging werden allerhande buitenlandse regelingen (zoals Duitse en Oostenrijkse wetgeving over aansprakelijkheid voor zaken) aan de orde gesteld. Zo werd overwogen dat wetgeving uit andere landen

‘voor het ius constituendum niet onbelangrijke bijdragen [biedt], en zoo het nog lang eene onmogelijkheid zal blijven een Europeesch regt te verkrijgen, zal het toch altijd zaak zijn, om bij de herziening van eigen regt op dat van naburige staten het oog te houden.’

Onder invloed van grote maatschappelijke veranderingen kwam in de wetenschap van het privaatrecht verzet tegen de op tekst en systeem gebouwde dogmatiek. Twee kampen werden gesignaleerd. Aan de ene kant diegenen die vasthielden aan tekst en systeem van het Burgerlijk Wetboek en verandering in het geldende recht aan de wetgever wilden overlaten. Deze groep ging tegelijk meer aandacht besteden aan het wenselijke recht (zoals Land). Aan de andere kant diegenen die meer waren geporteerd voor vrijere opstelling ten opzichte van de wet en aldus de rechter de vrijheid toekenden om wenselijk recht direct te kunnen lezen in de wetgeving. Molengraaff: ‘...het werkelijk leven, der menschen handel en wandel, [moet] de basis zijn, waarop de jurist zijne wetenschappelijke stelsels doet rusten.’ Het bleek dat in deze periode het belang van de verschillende interpretatiemethoden veranderd is. Het is de vrijere uitleg, naar de maatschappelijke behoeften, naar de redelijkheid, die het belangrijkste werd gevonden. Het is de vrijheid die de jurist zich eerst alleen bij de beredenering van het wenselijke recht kon permitteren, die zich steeds meer manifesteerde bij de beredenering van het geldend recht. In die vrijheid werd van andere rechtssstelsels gebruik gemaakt, en aldus kreeg het rechtsvergelijkende argument een meer prominente rol. Drucker: ‘...de wetgever behoort zich te beperken: de wetgever kan nu eenmaal niet alles regelen; sommige onderwerpen zijn nog niet rijp voor wettelijke ordening, andere zijn over het geheel te ingewikkeld of te weinig belangrijk; tal van bijzondere gevallen ontsnappen aan wettelijke formuleering. Daarom slechts de beginselen in de wet neergelegd, de vrije toepassing aan den rechter overgelaten.’

Ook werd rond de eeuwwisseling aan rechtshistorie meer gewicht toegekend, met name door Land: ‘De richting, waarin het recht zich voortbewoog, verder te volgen, wijst ons in den regel den meest betrouwbaren weg; die weg is meestal langer dan wij wenschen, doch de ervaring van eeuwen dwingt ons tot een bedachtzamen tred.’ Ook als onderdeel van de rechtshistorische methode bleef van andere stelsels gebruik gemaakt worden (Van Bemmelen, Land). In de laatste besproken periode stond de terugtred van de vrije rechtsvinding centraal. De meest vergaande standpunten uit de vrije rechtsvinding (zoals die van Hamaker, waarbij de wet slechts een richtsnoer was maar niet meer) werden door weinigen verkondigd. Altijd werden aan tekst en systeem gebonden of aan de historie ontleende argumentaties gebruikt, naast de uitleg aan de hand van de maatschappelijke noodzakelijkheid of de redelijkheid. Ook in deze laatste onderzochte periode werden twee richtingen in de rechtswetenschap onderscheiden. In de eerste plaats die richting die meer vasthield aan de traditie van het legisme en meer de nadruk legde op tekst, systeem en historie (Meijers, Suijling). Suijling: ‘Als de school der vrije rechtsvorming vasten voet kreeg, zouden wij dus indertijd de uitsluitende heerschappij der wet slechts gevestigd hebben om ten slotte, na een tusschenpoos, de willekeur van den vorst

door het believe van den rechter of de administratie te vervangen.' In de tweede plaats die groep die meer belang hecht aan de redelijke uitleg, het maatschappelijke doel van de wetgeving. Zo is Scholten in deze laatste groep onder te brengen. De rechter is in Scholtens theorie weliswaar gebonden aan de wet, maar voegt 'in de handhaving toch altijd weer iets nieuws' toe. Ook Meijers erkent dit: 'Weinig meer blijft er over van de trotsche almacht van de allesregelende codificatie, waar de wet erkennen moet, dat op een zoo uitgebreid gebied als dat der door haar verleende rechten en bevoegdheden zij niet op strenge handhaving harer eigen regelen mag aandringen, maar ook daar de billijkheid of het werkelijke Recht richtsnoer moet blijven.' In deze laatste periode is in de rechtsvinding op een aantal manieren ruimte voor het aan een buitenlands stelsel ontleend argument. Het werd aangetroffen als rechtshistorisch argument. Het meest belangrijke was echter in beide onderscheiden richtingen geworden het gebruik van buitenlands recht als zelfstandig rechtsvergelijking binnen het privaatrecht.

§ 5. De buitenlandse bron en rechtsvergelijking

In de eerste plaats (§ 5.A) wordt rechtsvergelijking besproken in ruime zin als 'het gebruik van een buitenlands rechtsstelsel', en in dat verband komen meningen over gebruik van andere rechtsstelsels in de beoefening van het privaatrecht aan de orde. In de tweede plaats wordt gesproken over rechtsvergelijking als de afzonderlijke discipline die sinds het einde van de negentiende eeuw is ontstaan (§ 5.B).

A. HET GEBRUIK VAN EEN ANDER RECHTSSTELSEL ALS RECHTSVERGELIJKING

Kort na de codificatie van 1838 werd de kennisname van met name Frans en Romeins recht hogelijk aangeprezen. Kennis van die rechtsstelsels was onmisbaar om tot een zinvolle uitleg te komen van een Nederlandse bepaling, het Franse recht meer dan het Romeinse. De eerste (noodzakelijke) rechtshistorische interpretatie verscheen. Zowel Frans als Romeins recht werden in dit verband gebruikt. Het gebruik van andere rechtsstelsels dan de genoemde was niet noodzakelijk. Het recht werd gezien als de vrucht van een nationale rechtsovertuiging, een karakteristiek onderdeel van het gedachtengoed van de Duitse Historische School. Toch werd, zo bleek, in de privaatrechtelijke literatuur op verschillende manieren gebruik gemaakt van andere rechtsstelsels.

Tegen het einde van de negentiende eeuw werd gewezen op de noodzakelijke kennisname van andere rechtsstelsels bij de interpretatie van de nationale regels. Eerst gebeurde dit in verband met de beredenering van het wenselijke recht. Zo kon een internationale regeling als wenselijke regeling noodzaken tot rechtsvergelijking. Een uitleg waarbij rekening wordt gehouden met de belangen van het handelsverkeer noodzaakte tot kennisname van andere rechtsstelsels omdat die handel internationaler is geworden. Wel werd er gewezen op 'eene onmogelijkheid (...) een Europeesch regt te verkrijgen', maar dat maakte rechtsvergelijking niet overbodig. Molengraaff verwoordde het gebruik van het andere rechtsstelsel als 'een onmisbaren factor.' Andere civilisten oordeelden vergelijk-

baar. Zo werd het in 1900 van kracht geworden BGB zonder meer gebruikt bij de uitleg van Nederlandse bepalingen omdat het 'klaarder inzicht' bood in de Nederlandse bepalingen (De Savornin Lohman). Dat zo werd gewezen op noodzakelijke kennisname van andere rechtsstelsels is een opmerkelijk verschil met de voorgaande perioden (1838-1850-1880). Naast deze vermeldingen door civilisten springt het ontstaan van rechtsvergelijking als afzonderlijke discipline sinds 1900 in het oog. Dit heeft het gebruik van andere rechtsstelsels bij de beoefening van het Nederlandse recht gestimuleerd. Het gebruik van andere stelsels werd een gewoon onderdeel van de rechtsvinding, ook voor hen, die een groot belang hechtten aan tekst, systeem en geschiedenis van het Nederlandse Burgerlijk Wetboek.

B. RECHTSVERGELIJING: EEN BUSTELLING

Rechtsvergelijking is een onderdeel geworden van de nationale privaatrechtsbeoefening. In de inleiding werd een korte blik geworpen op de verscheidenheid aan beschrijvingen van rechtsvergelijking als afzonderlijke discipline. Steeds weer wordt er gewezen op het nationale karakter van de wetgevingen, op het incidentele karakter van rechtsvergelijking als afzonderlijke discipline in de vorige eeuw en op het ontstaan van afzonderlijke rechtsvergelijking sinds 1900. Tegelijk wordt met deze constatering veel over het hoofd gezien. Op inhoudelijk niveau werd in de wetenschap van het privaatrecht in de periode 1838-1850 niet gedacht aan een nationale beoefening. Telkens werd op de noodzaak van kennisname van Frans (en Romeins) recht gewezen. Later (1850-1880) werd op allerlei manieren bepaald wel van ander recht gebruik gemaakt. Dat gebruik zette zich op een veranderende wijze voort tot het einde van de onderzochte periode. Het andere rechtsstelsel is binnen de wetenschap van het privaatrecht een gewone methode van rechtsvinding geworden. Zo was de Nederlandse privaatrechtswetenschap minder nationaal dan wordt afgeschilderd. In de privaatrechtswetenschap werd meer gebruik gemaakt van andere rechtsstelsels, meer aan rechtsvergelijking gedaan dan uit de gangbare beschrijvingen van rechtsvergelijking volgt.

§ 6. Betekenis van dit onderzoek voor een Europees privaatrecht

In de inleiding is dit onderzoek geplaatst in de huidige trend van de privaatrechtswetenschap naar een Europees privaatrecht. De aandacht is in dit onderzoek gericht op de verwijzing naar buitenlandse rechtsstelsels. Op een aantal manieren is dit verwijzen geanalyseerd. Op welke wijze kunnen de bevindingen dienstbaar zijn aan de totstandkoming van een Europese privaatrechtswetenschap? Twee richtingen in het Europees privaatrecht kwamen in de inleiding aan de orde. Aan de ene kant een wetgeving op Europees niveau; aan de andere kant een Europees privaatrecht door een meer Europees gerichte rechtswetenschap. Een codificatie van het gehele privaatrecht is nog ver verwijderd en alleen op een aantal deelgebieden is wetgeving totstandgebracht. Naast deze wetgeving op onderdelen zal het de rechtswetenschap zijn waarvan veel mag worden verwacht bij het totstandbrengen van een Europese rechtswetenschap. Enerzijds kan dat

gebeuren door de rechtswetenschap te richten op deze Europese regelgeving, anderzijds door aandacht te besteden aan de 'gemeinsamen Gegebenheiten' (Coing) van de verschillende nationale stelsels. Een belangrijk deel van die gemeenschappelijke punten betreft de gemeenschappelijke oorsprong van de verschillende nationale stelsels uit het Europese gemene recht. Een ander gemeenschappelijk aspect tussen de verschillende nationale stelsels betreft de overeenkomsten in rechtsvindingsmethoden en in de aandacht voor rechtsvergelijking. Deze overeenkomsten vereenvoudigden de oriëntatie op andere stelsels, en deze oriëntatie op andere stelsels is op een aantal concrete manieren onderzocht. In het Nederlandse privaatrecht werd veel gebruik gemaakt van buitenlandse rechtsstelsels. Het refereren aan aspecten van het privaatrecht die uit een ander stelsel afkomstig zijn, het wijzen op het regelmatig gebruik van een aan een ander stelsel ontleend argument, het wijzen op een getalsmatig grote oriëntatie op een bepaald stelsel zal ondersteuning kunnen betekenen voor een standpunt in een exercitie op het gebied van het nieuwe Europese gemene recht.

§ 1. Inleidende opmerkingen

Het navolgende biedt de getalsmatige weergave van de verwijzingen naar andere rechtsstelsels in de privaatrechtelijke literatuur. Daartoe is de volgende methode gehanteerd.

A. DE SELECTIE VAN HET TE ONDERZOEKEN MATERIAAL

Een selectie is gemaakt van representatieve literatuur uit het vermogensrecht. Gebruikt worden handboeken (De Pinto), commentaren (Diephuis, Suijling), en tijdschriften (*Themis*, *Rechtsgeleerd Magazijn*). Werken van enkele belangrijke civilisten zijn geselecteerd (Diephuis, Suijling); van de tijdschriften is gekozen voor *Themis* en voor het *Rechtsgeleerd Magazijn*. De continue verschijning gedurende de onderzochte periode biedt een ononderbroken beeld van de mate waarin naar andere rechtsstelsels wordt verwezen.

In *Themis* en *Rechtsgeleerd Magazijn* is op twee wijzen de mate van gebruik van buitenlandse bronnen gemeten. In de eerste plaats is de inhoudsopgave gebruikt. Die biedt op twee wijzen inzicht: door middel van het aantal artikelen met een rechtsvergelijkende titel; door middel van het aantal besproken en aangekondigde boeken van buitenlandse origine. In de tweede plaats is het percentage verwijzingen naar andere rechtsstelsels in privaatrechtelijke artikelen bepaald.

B. DE VERWIJZING

Een verwijzing naar een ander rechtsstelsel moet eenduidig en herkenbaar zijn om vergelijkingen in de tijd te kunnen maken en om praktische redenen. Dat betekent dat een belangrijke categorie verwijzingen op voorhand afvalt: die waarbij op meer impliciete of op een in de tekst vervlochten wijze, aan de hand van de inhoud van de tekst naar dat andere stelsel verwezen wordt. Deze zijn belangrijk, maar ze komen aan de orde in de inhoudelijke behandelingen. Van een telbare verwijzing is sprake wanneer ze naar buitenlands recht (literatuur, jurisprudentie, soms wetgeving) verwijst, en daarbij de precieze herkomst vermeldt. Voor de literatuurverwijzingen is naam en

vindplaats noodzaak (Toullier, deel 13, nr. 47). Dat kan ook op indirecte wijze, wanneer eerder een schrijver werd aangehaald en naar die plaats wordt terugverwezen (Windscheid, t.a.p.). Niet eronder vallen dus verwijzingen als: 'zoals Mayer van mening is'. Verwijzingen naar eigen, maar ander werk worden meegeteld, terwijl verwijzingen naar hetzelfde werk niet worden meegenomen. Ook verwijzingen naar jurisprudentie wordt geteld. Ook daarvoor geldt dat de verwijzing met vindplaats moet zijn, waarbij een uitspraak, met twee vermelde vindplaatsen als één verwijzing wordt geregistreerd. Verwijzingen naar wetsartikelen worden ook geteld, met uitzondering van verwijzingen naar Nederlandse en Franse artikelen. Om praktische redenen (de enorme hoeveelheid) zijn deze verwijzingen buiten beschouwing gelaten.

C. DE HERKOMST VAN DE VERWIJZING

Bij deze telling is onderscheid gemaakt naar nationale herkomst: Frankrijk, Duitsland, België en andere landen, waarnaar in mindere mate is verwezen; daarnaast wordt ook het Romeinse recht als afzonderlijke categorie onderscheiden. Deze afbakening naar nationale herkomst is niet sluitend. Juist de afbakening van Duitsland als herkomst is voor de negentiende eeuw een lastige kwestie. Voor de meest lastige kwestie is een knoop doorgehakt: de Duitse jurist Zachariae wordt met zijn commentaar op de Code civil geschaard onder de bronnen van Franse herkomst. Verwijzingen naar het *Obligationenrecht* van Von Thur zijn als verwijzingen naar Zwitsers recht geregistreerd.

§ 2. De getalsmatige weergave naar behandelde periode

A. TOELICHTING

De resultaten zijn weergegeven in de volgorde: totaal aantal verwijzingen, verwijzingen naar Nederlands recht, naar Romeins recht, naar Frans recht, naar Duits recht, naar andere stelsels. Tevens wordt de absolute aantallen in een percentage van het totaal uitgedrukt. Bij de aantallen verwijzingen in de tijdschriften is het totaal aantal gevonden verwijzingen de som van de in de afzonderlijke jaargangen gevonden aantallen. Die jaargangen worden genoemd.

B. DE EERSTE PERIODE 1838-1850

1. Verwijzingen

De Pinto, A., *Handleiding tot het Burgerlijk Wetboek* deel 2 (1837/8).

Totaal:	1503;	100%
Nederland:	631;	42%
Romeins:	225;	15%
Frankrijk:	610;	41%

Duitsland:	35;	2%
België:	2;	< < 1%

Themis (39, 41, 43, 47, 49, 50)

Totaal:	566;	100%
Nederland:	275;	49%
Romeins:	124;	22%
Frankrijk:	118;	21%
Duitsland:	33;	6%
Diversen:	16;	

2. Inhoudsopgave *Themis*

Themis 1845

Artikelen:	Nederland	16
	Duitsland	1

Boekbespreking:	Nederland	13
-----------------	-----------	----

Themis 1846

Artikelen:	Nederland	15
------------	-----------	----

Boekbespreking:	Nederland	13
	Frankrijk	3
	Spanje	1

C. DE TWEEDE PERIODE (1850-1880)

1. Verwijzingen

Diephuis, G., *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt naar de volgorde van het Burgerlijk Wetboek* deel 6 (1856-1859)

Totaal:	3789;	100%
Nederland:	1352;	36%
Romeins:	31;	< 1%
Frankrijk:	2271;	60%
Duitsland:	135;	4%

Diephuis, G., *Het Nederlandsch burgerlijk recht*, 11e deel (1888)

Totaal:	1818;	100 %
Nederland:	691;	38 %
Romeins:	23;	> 1 %
Frankrijk:	894;	49 %
Duitsland:	10;	< < 1 %
België:	195;	11 %
Oostenrijk:	2;	< < 1 %
Zwitserland:	3;	< < 1 %

Themis (51, 52, 53, 55, 56, 57, 59, 61, 63, 65, 67, 69, 71, 73, 75, 77, 79)

Totaal:	2331;	100 %
Nederland:	1116;	48 %
Romeins:	443;	19 %
Frankrijk:	508;	22 %
Duitsland:	223;	10 %
België:	1;	< < 1 %
Oostenrijk:	3;	< < 1 %
diversen:	37;	2 %

2. Inhoudsopgave Themis en Rechtsgeleerd Magazijn

Themis 1879

Artikelen:	Nederland	9
Boekbespreking:	Nederland	3
	Duitsland	1

Themis 1880

Artikelen:	Nederland	6
	Romeins	1
Boekbespreking:	Nederland	13
	Frankrijk	3
	Spanje	1

Themis 1882

Artikelen:	Nederland	10
------------	-----------	----

Boekbespreking:	Nederland	7
	Duitsland	1
	Italië	2

Themis 1883

Artikelen:	Nederland	10
------------	-----------	----

Boekbespreking:	Nederland	7
	Frankrijk	3
	Duitsland	2

Rechtsgeleerd Magazijn 1882

Artikelen:	Nederland	9
	Anders	11

Boekbespreking:	Nederland	17
	Frankrijk	4
	Duitsland	26
	Engeland	2

Rechtsgeleerd Magazijn 1883

Artikelen:	Nederland	13
	Anders	8

Boekbespreking:	Nederland	18
	Romeins recht	1
	Frankrijk	1
	Duitsland	9
	Italië	5

D. DE DERDE PERIODE (1880-1910)*1. Verwijzingen*

Themis (83, 86, 90, 93, 96, 1900, 04, 07, 10)

Totaal:	942;	100%
Nederland:	647;	69%
Romeins:	57;	6%
Frankrijk:	150;	16%

Duitsland:	64;	7%
België:	13;	1%
diversen:	11;	

2. Inhoudsopgave *Themis en Rechtsgeleerd Magazijn*

Themis 1904

Artikelen:	Nederland	8
Boekbespreking:	Nederland	9

Themis 1905

Artikelen:	Nederland	12
Boekbespreking:	Nederland	9
	Duitsland	2

Rechtsgeleerd Magazijn 1904

Artikelen:	Nederland	12
	Anders	3
Boekbespreking:	Nederland	27
	Duitsland	4
	Italië	1
	Engeland	1

Rechtsgeleerd Magazijn 1905

Artikelen:	Nederland	9
	Anders	4
Boekbespreking:	Nederland	41
	Duitsland	3
	Frankrijk	2

E. DE VIERDE PERIODE (1910-1940)

1. Verwijzingen

Suijling, J.Ph., *Inleiding tot het burgerlijk recht*, 2e stuk, 2e gedeelte (2e druk, 1936)

Totaal:	1808;	100 %
Nederland:	1244;	69 %
Frankrijk:	290;	16 %
Duitsland:	189;	10 %
Zwitserland:	85;	5 %

Themis (12, 14, 17, 20, 23, 26, 29, 31, 33, 39)

Totaal:	2341;	100 %
Nederland:	1665;	71 %
Romeins:	87;	4 %
Frankrijk:	257;	11 %
Duitsland:	211;	9 %
België:	3;	< < 1 %
Oostenrijk:	6;	< < 1 %

2. Inhoudsopgave *Themis* en *Rechtsgeleerd Magazijn*

Themis 1929

Artikelen:	Nederland	12
	Duitsland	1
Boekbespreking:	Nederland	25
	Duitsland	5

Themis 1930

Artikelen:	Nederland	12
Boekbespreking:	Nederland	27

Rechtsgeleerd Magazijn 1929

Artikelen:	Nederland	11
Boekbespreking:	Nederland	38
	Frankrijk	2
	Duitsland	5
	België	1

Rechtsgeleerd Magazijn 1930

Artikelen:	Nederland	8
	Anders	1
Boekbespreking:	Nederland	50
	Frankrijk	3
	Duitsland	8

Door de invoering van de nationale codificaties sinds het begin van de negentiende eeuw is de beoefening van de privaatrechtswetenschap een nationale aangelegenheid geworden. Dat is het uitgangspunt van veel schrijvers (zoals Coing en Zimmermann). In de huidige tijd is er een streven in de privaatrechtswetenschap om die nationale grenzen te overschrijden. In de woorden van Zimmermann: '...a comprehensive 'Europeanization' of legal science has to be brought about.' Maar was de privaatrechtswetenschap werkelijk zo nationaal? Dit onderzoek geeft een antwoord op de vraag in welke mate en op welke wijze sprake was van oriëntatie op andere rechtssystemen in de Nederlandse wetenschap van het privaatrecht. Deze vraag is op de volgende manier geconcretiseerd. Als object van onderzoek dient het gebruik van het aan een ander rechtstelsel ontleend argument in de Nederlandse discussie over vier verschillende onderwerpen uit het vermogensprivaatrecht. De volgende onderwerpen worden onderzocht: de in artikel 1403 lid 1 BW (oud) weergegeven aansprakelijkheid voor zaken, publiek domein, artikel 2014 BW (oud) en de relativiteit van de onrechtmatige daad. Bij de analyse van de discussie ligt de nadruk op de vorming van standpunten in de privaatrechtelijke literatuur: commentaren op het Burgerlijk Wetboek, boeken, publikaties in (vak)tijdschriften, en annotaties. De onderzochte periode strekt zich uit over een ruime eeuw: vanaf de codificatie van 1838 tot aan 1940. Bij de analyse van de literatuur worden de standpunten en argumenten opgespoord. Verwijzingen tonen de herkomst van een standpunt of argument uit een ander rechtstelsel. Op een viertal manieren kan uit deze verwijzingen de oriëntatie op andere rechtssystemen volgen. De eerste manier is een kwantitatieve benadering. Een relatieve verandering in het aantal gebruikte verwijzingen illustreert de gerichtheid van de rechtswetenschap op een bepaald rechtstelsel. Daartoe worden verwijzingen onderscheiden naar herkomst en vervolgens geteld in geselecteerde literatuur. In een bijlage zijn deze bevindingen weergegeven.

Een kwalitatief onderzoek naar de oriëntatie op andere rechtssystemen vindt plaats op drie manieren. In de eerste plaats wordt de inhoudelijke ontwikkeling van het leerstuk geanalyseerd: duidelijk wordt welke (delen van de) onderwerpen ontleend zijn aan andere rechtssystemen. In de tweede plaats wordt het gebruikte argument gewaardeerd als methode van rechtsvinding. Door het argument als methode van rechtsvinding te kwalificeren wordt de oriëntatie op het andere stelsel duidelijker in een bekende historische ontwikkeling van het privaatrecht geplaatst (van legisme naar vrije rechtsvinding). Dit

criterium is de belangrijkste grond geweest voor de verdeling van de onderzochte periode in vier deelperioden die telkens in afzonderlijke hoofdstukken worden behandeld. In de derde plaats wordt het ontleende argument nader beschouwd door visies van civilisten op rechtsvergelijking erbij te betrekken. Na twee inleidende hoofdstukken (hoofdstuk 1 met een inleiding en vraagstelling, hoofdstuk 2 met een introductie van de onderwerpen) wordt in hoofdstuk 3 de privaatrechtswetenschap voorafgaande aan 1838 belicht en wordt de betekenis vastgesteld van de onderzochte onderwerpen in 1838. Ingegaan wordt op het Romeinse recht en het Franse recht, en de betekenis van beide stelsels voor het BW van 1838. Parlementaire geschiedenis en de voorgaande ontwerpen van wetgeving blijken onvoldoende om de bepalingen in het Burgerlijk Wetboek te interpreteren. Frans en Romeins recht zijn noodzakelijk bij de uitleg. Soms blijkt zelfs met behulp van deze rechtsstelsels een duidelijke uitleg onmogelijk. Door de letterlijke vertaling van artikel 2279 Cc in artikel 2014 worden onduidelijkheden uit het Franse recht overgenomen in het Nederlandse recht.

In hoofdstuk 4 wordt deze onvolkomenheid van de Nederlandse bronnen duidelijk geïllustreerd. Dit hoofdstuk behandelt de eerste periode (1838-1850) na de codificatie van 1838. We zien dat bij de uitleg van alle behandelde onderwerpen steeds het Franse recht wordt betrokken. Kort na de codificatie is nog getracht door een beknopte tekstuele vergelijking tussen de Nederlandse en de corresponderende Franse bepalingen tot een uitleg van de Nederlandse bepaling te komen. Dat blijkt onvoldoende. Vrij snel verschijnen meer uitgebreide behandelingen van het Nederlandse recht waarin met het Franse wordt vergeleken. Dat Franse recht is voor een uitleg van de Nederlandse bepalingen onontbeerlijk. Het Romeinse recht wordt ook bij de uitleg betrokken, maar in mindere mate dan het Franse. Aan de hand van het Franse recht is een beperkte uitleg van de aansprakelijkheid in artikel 1403 lid 1 het meest waarschijnlijk. De uitleg van artikel 2014 vindt plaats op vele verschillende wijzen, alle aan de hand van het Franse recht. Het Romeinse recht maakt een interpretatie van het begrip 'zaken buiten de handel' mogelijk. Vooral is in deze periode sprake van een historische uitlegmethode van de bepalingen in het Burgerlijk Wetboek. Daarbij vervullen Frans en Romeins recht een onmisbare rol.

Hoofdstuk 5 behandelt de periode van het legisme (1850-1880). Kenmerkend voor die periode is een gerichtheid op tekst en systeem van het Nederlandse Burgerlijk Wetboek. Toch wordt ook in die periode ruim gebruik gemaakt van andere rechtsstelsels. De oriëntatie op het Franse recht blijft aanwezig. Andere rechtsstelsels worden eveneens gebruikt. Duitse wetgeving en wetsontwerpen met een aansprakelijkheid buiten schuld worden betrokken bij aansprakelijkheid voor zaken. Uit het Belgische recht wordt Laurent aangehaald bij de uitleg van artikel 2014 (Diephuis' interpretatie van artikel 2014 vertoont veel overeenkomsten met Laurents interpretatie van artikel 2279 Cc). Het Duitse ontwerp voor een Bürgerliches Gesetzbuch dient als onderbouwing voor een nieuwe uitleg van artikel 2014 (een voorloper van Scholtens legitimatieleer). Het Franse

recht staat aan de basis van de acceptatie van publiekrechtelijke eigendom in het Nederlandse (administratief- en privaatrecht).

Wanneer we kijken naar het gebruik van het buitenlandse argument in de wijzen van rechtsvinding dan valt het volgende op. Kenmerkend voor de rechtsbeoefening in de legistische periode is de scheiding die wordt aangetroffen tussen de beredenering van het geldende recht (*ius constitutum*) en de beredenering van het wenselijke recht (*ius constituendum*). De beredenering van het geldende recht is gebonden aan tekst en systeem van het Nederlandse Burgerlijk Wetboek. In de beredenering van het wenselijke recht kan veel meer gebruik gemaakt worden van andere rechtsstelsels. In dat verband wordt een nieuwe uitleg van artikel 2014 voorgestaan en een invulling gegeven aan het begrip 'zaken buiten de handel.' Maar ook zien we dat in de beredenering van het geldende recht van andere stelsels gebruik gemaakt wordt. Zo dienen het Franse en (in mindere mate) het Romeinse recht als historische interpretatie. Maar evenzeer wordt (in geringe mate) naar eigentijdse uiteenzettingen met betrekking tot corresponderende artikelen in het Franse recht verwezen. Bovendien wordt in andere rechtsgebieden, zoals het administratiefrecht, met meer vrijheid van andere rechtsstelsels gebruik gemaakt. Via het (nieuw ontwikkelde) administratiefrecht wordt de (Franse) publiekrechtelijke eigendom van publiek domein als heersende leer ook in het privaatrecht geaccepteerd. Aldus is ook op indirecte wijze (door middel van het administratiefrecht) sprake van een oriëntatie op andere rechtsstelsels. De rechtsvergelijking verwerft zich aldus langzamerhand in de uitlegmethode een zelfstandige positie. Er is in de periode van het legisme meer dan alleen rechtsvergelijking als historische interpretatie met behulp van het Franse of het Romeinse recht.

Hoofdstuk 6 behandelt de periode van de vrije rechtsvinding (1880-1910). De reactie tegen de strikte uitlegmethode van het legisme treedt sterk op de voorgrond. De maatschappelijke wenselijkheid van een bepaalde uitleg geeft niet alleen het wenselijke recht aan, zoals tijdens het legisme voornamelijk het geval was, maar vormt tevens een (teleologisch) argument in de beredenering van het geldende recht. In deze 'vrije rechtsvinding' komt een ruime plaats toe aan het buitenlandse recht. Zo dient Duitse en Oostenrijkse wetgeving als onderbouwing voor een ruime aansprakelijkheid voor zaken in artikel 1403 lid 1. Ook de ruime uitleg in de Franse literatuur en jurisprudentie van het corresponderende Franse artikel 1386 Cc wordt hiervoor gebruikt. De twee belangrijkste interpretaties van artikel 2014 worden beide onderbouwd met behulp van het Franse en het Duitse recht. Ook het Engelse recht (*Sale of Goods Act*) en het Zwitserse worden bij de uitleg betrokken. Publiek domein wordt sinds 1890 algemeen onderworpen geacht aan het privaatrecht en de onderbouwing van dat standpunt vindt plaats aan de hand van (minderheidsstandpunten in) het Duitse en het Franse recht. De relativisering van de onrechtmatige daad uit het Duitse *Bürgerliches Gesetzbuch* wordt uitgebreid in de Nederlandse literatuur behandeld.

In de methoden van rechtsvinding neemt het maatschappelijk wenselijke doel de meest belangrijke plaats in. In verband met deze teleologische interpretatie komt aan genoemde andere rechtsstelsels een ruime plaats toe. Het Franse recht blijft als historische interpretatiemethode in gebruik. Gebruik van andere rechtsstelsels in het algemeen wordt bij de beredenering van het geldende recht van groter belang. Civilisten onderkennen dat belang van rechtsvergelijking. In deze periode spreken een aantal zich expliciet uit voor een grotere rol van rechtsvergelijking in het Nederlandse privaatrecht.

Hoofdstuk 7 behandelt de laatste periode (1910-1940) waarin twee richtingen te onderkennen zijn. Enerzijds zet zich de vrije rechtsvinding voort met een grote rol voor de teleologische interpretatie. Anderzijds zijn er anderen die een grotere rol voor tekst, systematiek en historie van het Burgerlijk Wetboek voorstaan. Beide richtingen gebruiken rechtsvergelijking. Dat gebeurt bij alle onderzochte onderwerpen. Zowel het Franse als het Duitse recht komen aan de orde. Kritiek komt op tegen de ruime aansprakelijkheid die in artikel 1403 kan worden gelezen. In dat verband worden (Franse) tegenstanders van de heersende ruime uitleg van artikel 1386 Cc in het Franse recht aangehaald. De argumenten zijn aan tekst en systeem van de wet ontleend. Tevens wordt echter gewezen op de onbillijke gevolgen van een ruime aansprakelijkheid voor de (aansprakelijke) gebruiker van een zaak. Een voorgesteld onderscheid tussen gevaarlijke (of gebrekkige) en ongevaarlijke zaken (Suijling) wordt ontleend aan het eigentijdse Franse en het Belgische recht. In de discussie over artikel 2014 maken voorstanders van de Germaansrechtelijke uitleg ('bezit is eigendom,' Meijers) gebruik van het Franse en Duitse recht. De nieuwe legitimatieleer (Scholten) wordt onderbouwd met Frans, Duits, Engels en Zwitsers recht. In de discussie over de rechtstoestand van publiek domein worden Frans en Duits recht ingebracht. De Nederlandse heersende leer van privaatrechtelijke eigendom wordt onderbouwd met een uitvoerige bespreking en verwerping van de Franse heersende publiekrechtelijke leer, en de op het Franse recht gestoelde theorie van Mayer uit het Duitse recht. Het nieuwe vereiste van de relativiteit van de onrechtmatige daad wordt geaccepteerd in de rechtspraak en deels in de literatuur. Het Duitse recht levert een invulling van de relativiteit in het Nederlandse recht. De tegenstand tegen het nieuwe relativiteitsvereiste is echter aanzienlijk, en ook daarin wordt van het Duitse recht, en het Franse (in mindere mate) gebruik gemaakt.

In deze periode zijn twee richtingen in de methoden van rechtsvinding in het privaatrecht te onderkennen. Aan de ene kant de richting die de grootste waarde toekent aan de vrijheid in de uitleg, waarbij de teleologische uitleg het meest belangrijk is. Aan de andere kant de richting die meer waarde hecht aan tekst, systeem en geschiedenis van het Burgerlijk Wetboek. Die waarde is niet zo groot dat aan een maatschappelijk wenselijke uitleg geen ruimte meer zou toekomen. Aan rechtsvergelijking kan (veel meer dan in het legisme) een ruime plaats toekomen. In beide richtingen wordt van rechtsvergelijking gebruik gemaakt: hetzij als rechtshistorisch argument, maar veel belangrijker is geworden de verwijzing naar het eigentijdse recht van een ander rechtsstelsel.

Hoofdstuk 8 besluit het onderzoek met een algemene conclusie over de gehele besproken periode. Ingegaan wordt op de betekenis van dit onderzoek voor een Europees privaatrecht. Tussen de nationale privaatrechtsstelsels van Europa bestaan overeenkomsten. In dit onderzoek vallen er twee vooral op. In de eerste plaats is er de overeenkomst tussen de methoden van rechtsvinding in een bepaalde periode: het legisme (*l'école de l'exégèse*, *Begriffsjurisprudenz*) in de tweede helft van de negentiende eeuw en de vrije rechtsvinding (*Interessenjurisprudenz* en *Freirechtsschule*, *la libre recherche scientifique*) rond 1900. In de tweede plaats is er sinds 1900 sprake van een toenemende expliciete aandacht van civilisten voor rechtsvergelijking. Door deze uitwendige overeenkomsten tussen de privaatrechtsstelsels wordt kennisname van andere stelsels in het Nederlandse privaatrecht vereenvoudigd. In toenemende mate wordt in de beredenering van het geldende recht gebruik gemaakt van andere rechtsstelsels. Dat gebruik komt tot uiting op een aantal manieren. In de eerste plaats is sprake van een getalsmatig grote oriëntatie op andere rechtsstelsels. In de tweede plaats is vaak sprake van overname van standpunten uit andere stelsels. In de derde plaats worden argumenten uit andere stelsels regelmatig geaccepteerd of verworpen. Kennisname van dergelijk gebruik van ander recht kan dienstbaar zijn bij harmonisatie of unificatie van onderwerpen uit de verschillende nationale stelsels van privaatrecht.

The introduction of national codifications from the early nineteenth century onwards has made the study of private law into a national affair. This is the view of many scholars, including Coing and Zimmermann. Nowadays, when studying private law, there is a movement to transgress national borders. As Zimmermann has put it: "...a comprehensive "Europeanization" of legal study has to be brought about". However, how national was the study of private law in former times? This dissertation examines the extent to which and the manner in which scholars were guided by knowledge of foreign legal systems when studying Dutch private law. The object of this study is the use of arguments from foreign legal systems in the Dutch legal debate on four different private law subjects in the field of Dutch property law and the law of obligations. The subjects are: liability for corporeal objects as laid down in Article 1403, section 1, of the Dutch Civil Code of 1838 (DCC); public ownership; Article 2014 DCC; and the relevance requirement in relation to wrongful acts (*onrechtmatige daad*). In analysing the literature, the author focuses on viewpoints developed in scholarly writing on private law, *i.e.* commentaries on the 1838 Dutch Civil Code, books, publications in legal reviews and annotations. The period under investigation spans more than a century: from the 1838 codification of Dutch private law (DCC) until the year 1940.

Through the literature analysis the different views and arguments were collected. References to foreign law revealed that these views or arguments pertain to foreign legal systems. There are four ways in which the influence of a foreign legal system can be established. The first is a quantitative approach. A relative change in the number of references used reveals the reliance of legal scholars on a particular foreign legal system. For this purpose, references are distinguished as to provenance and subsequently counted throughout the selected materials. The outcome is featured in the annex.

There are three ways in which qualitative research into the reliance on other legal systems can be conducted. First, the substantive development of the above subjects is analyzed. This reveals which (elements of the) subjects under study have been derived from other legal systems. Second, the argument used is evaluated as a method of law-finding. By qualifying "argument" as a method of law-finding, reliance on knowledge of a foreign legal system is placed more discernably in a familiar historical development, from formalism (*legisme*) to "sociological jurisprudence". This criterion has been

the principal reason for subdividing the period under study into four sub-periods. Each of the sub-periods are treated in a separate chapter. Third, the argument derived from a foreign legal system is further examined by looking at private lawyers' attitudes to comparative law.

By way of introduction, Chapter 1 contains a general introduction and the thesis, whereas Chapter 2 introduces the subjects. Chapter 3 deals with the study of private law of before 1838 and the relevance and scope in 1838 of the subjects under study. Roman and French law is examined and the relevance for the 1838 Dutch Civil Code is discussed. The legislative history and the preceding relevant bills yielded insufficient information for a proper interpretation of the provisions of the 1838 Civil Code. French and Roman law needed to be recruited to assist in the interpretation. Even with the assistance of these foreign systems, at times a proper and clear interpretation could not be achieved. Because of the literal translation of Article 2279 of the French *Code civil* (Cc), the ambiguities of the French law were transferred to Article 2014 of the 1838 Dutch Civil Code.

In Chapter 4, examples clearly demonstrate these imperfections of the Dutch legal sources. The author discusses the first period (1838-1850) following the codification of 1838. On every occasion in which subjects needed interpretation, French law was invoked. Not long after codification, there was an attempt at interpreting the Dutch provisions by comparing the literal text of the Dutch provisions with that of the French provisions. This proved to be inadequate. A more profound scholarly debate on Dutch law developed, in which Dutch law was compared with French law. French law was indispensable in the interpretation of Dutch legal provisions. Roman law was also used in interpreting Dutch law, but to a lesser extent. When comparing Article 1403, section 1, of the 1838 Dutch Civil Code with French law, a restrictive interpretation of the liability laid down in section 1 of the Dutch article emerged as the most convincing. Article 2014 DCC could be interpreted in many ways, but they all involved French law. Roman law offered the foundation for the interpretation of the term "*zaken buiten de handel*" (*res extra commercium*). Particularly in this period, an historical interpretation method was applied to the provisions of the 1838 Dutch Civil Code. For this purpose, French and Roman law were indispensable.

Chapter 5 treats the period of formalism (*legisme*) which was between 1850 and 1880. Characteristic of this period is the emphasis on the text and systematic organization of the Dutch Civil Code. Nevertheless, other systems were employed for the purpose of law-finding. The reliance upon French law continued and other legal systems were examined as well. German statutes and bills relating to strict liability were consulted to define tortious liability for corporeal objects under Dutch law. From Belgian law, Laurent is quoted for the purpose of interpreting Article 2014 DCC, and Diephuis' interpretation of this article shows many similarities with Laurent's interpretation of Article 2279 *Code civil*. The German Draft for a Civil Code (*Bürgerliches Gesetzbuch*)

served as the basis for a new interpretation of Article 2014 DCC (the precursor of Scholten's theory of "*legitimatie*". French law lies at the root of the reception of public ownership into Dutch administrative and private law.

If we examine the use of foreign argument in law-finding, we notice the following: characteristic for practising the study of law in the formalistic period is the separation between the reasoning applied with respect to operative law, the *jus constitutum*, and the arguments in advocating future law, the *jus constituendum*. The reasoning for the *jus constitutum* of the Dutch Civil Code was restricted to text and system. In reasoning which was directed towards future law it was possible to rely on foreign legal systems. Thus, a new interpretation of Article 2014 DCC was advocated, and the term "*zaken buiten de handel*" was defined. However, in reasoning relating to operative law foreign legal systems were used as well. For instance, French law and, to a lesser extent, Roman law, served as elements of an historical interpretation. There are also references, albeit few, to contemporary exposés on corresponding articles in French law. In addition, foreign legal systems were drawn upon; however, this practice was more common in other legal areas, such as administrative law. As a result of (newly developed) Dutch administrative law, the French concept of public ownership was received as the prevailing doctrine in Dutch private law. Thus, indirectly, through administrative law, we see an interpretation based on a foreign legal system. Step by step, comparative law is gaining an independent place among interpretation methods. In the formalistic, or "legistic", period, there was more than just comparative law as an historical interpretation with the assistance of French or Roman law.

Chapter 6 discusses the period of [vrije rechtstvinde]# between 1880 and 1910. There was a reaction against the formalistic interpretation methods of the "legistic" period. The social desirability of a particular interpretation not only indicated the law as it should be, as was primarily the case during the "legistic" period, it also constituted an argument in the reasoning about operative law. In this free method of law-finding, ample room was afforded to foreign law. German and Austrian legislation, for instance, served as the foundation for a broad tortious liability for objects as laid down in Article 1403, section 1, of the 1838 Dutch Civil Code. To this end, also the broad interpretation by French scholarly writers and in the French case law relating to Article 1386 Cc was deployed. The two major interpretations of Article 2014 DCC were both supported by French and German law. Also English law (the Sale of Goods Act 1893) and Swiss law were taken into account. Since 1890, public ownership of real property is deemed to be governed by private law and the underpinning for this view is derived from (the minority view within) German and French law. The requirement of relativity (cf the statutory duty of care) as laid down in the German *Bürgerliches Gesetzbuch* was taken into account by Dutch scholars. In the law-finding method of this period, the socially desirable objective of law was the main issue. In connection with this teleological interpretation, there was ample space for the earlier-mentioned legal systems. French law was preserved as an historical interpretation method. The use of foreign legal

systems in general gained more prominence in arguments about operative law. Private lawyers acknowledged the relevance of comparative law; a number of them advocated more influence for comparative law in Dutch private law.

Chapter 7 treats the final period (1910-1940), in which two directions can be distinguished. The one containing the sociological method of law-finding allowing a large role for teleological interpretation. The other advocates a larger role for the text, the systematic organization and legislative history of the 1838 Dutch Civil Code. Both directions apply comparative law. This holds true for all subjects under investigation. Both French and German law were taken into account. The broad interpretation of the tortious liability laid down in Article 1403 of the Dutch Civil Code was criticised. To this end, French opponents of the prevailing broad interpretation of Article 1386 *Cc* were quoted. The arguments were derived from the text and the systematic organization of the Dutch Civil Code. However, at the same time, it was pointed out that a broad interpretation of liability for wrongful acts would lead to outcomes that were unfair on the user of the object responsible for the wrongful act. The distinction, as proposed by Suijling, between dangerous (or defective) objects and harmless ones, is derived from contemporary French and Belgian law. In the discourse on Article 2014 DCC, proponents of Germanic legal interpretation (Meijers' "possession equals ownership") made use of French and German law. Scholten's newly developed doctrine of "*legitimatie*" is based on French, German, English and Swiss law. The discourse on the legal status of public ownership of real estate featured French and German law. The Dutch prevailing theory of private law ownership drew on a comprehensive study and rejection of the prevailing public law theory in French law, and Mayer's theory in German law, which was derived from French law. The new element of "relativity" was accepted in case law and to some degree among academics. German law provided the components of the relativity concept under Dutch law. Opposition to the new relativity theory was considerable and the opponents also employed German, and to a lesser degree, French law to underpin their views.

During this period, two approaches can be distinguished in law-finding in private law. The first placed most value on free/contextual# interpretation, whereby the teleological interpretation method is the most important. The other relied on the text, systematic organization and legislative history of the Dutch Civil Code; however, not to the extent that there was no room for an interpretation based on social desirability. In contradistinction to the formalistic period, comparative law could play an important role. Comparative law was applied in both approaches: either as a legal-historical argument, or, more importantly, to refer to the contemporary law of a foreign legal system.

Chapter 8 concludes the study and offers a general conclusion for the entire period under investigation. The author discusses the relevance of the study for a European private law. There are similarities between the national private law systems of Europe. This study reveals two conspicuous similarities. First, there are similarities between the

methods of law-finding in a particular period: *legismell'école de l'exégèse*, *Begriffsjurisprudenz*, in the latter half of the nineteenth century and sociological jurisprudence: *Interessenjurisprudenz*, *Freirechtsschule*, *la libre recherche scientifique*, of around 1900. Second, from 1900 onwards, private lawyers show an increasing interest in comparative law. These external similarities between private law systems facilitate understanding foreign legal systems. Increasingly, in the reasoning about operative law use is made of other systems. Such use manifested itself in several ways. First, there is the quantitatively large reliance on foreign systems. Second, there are numerous cases in which views were adopted from other systems. Third, arguments brought forward in foreign systems were regularly accepted or rejected. Awareness of such deployment of foreign law may be conducive to harmonizing or unifying elements from the various national private law systems.

Translated by Louise Rayar, B. tr

Ancel, M., La tendance universaliste dans la doctrine comparative Française au debut du xxème siecle, *Festschrift für Ernst Rabel*, deel 1 (1954), p. 17-38

Anten, J.H.A.M., Rondon artikel 1403 BW, *WPNR* 3205-3207 (1931), p. 285-287, 293-294, 305-306

Apeldoorn, L.J. van, boekbespreking van het *Gedenboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*, in: *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* (1939), p. 69-84

Art. 230 der gemeentewet, *De Gemeentestem* 1597, 1598 en 1602 (1882)

Asser, C., *Het Nederlandsch Burgerlijk Wetboek, vergeleken met het Wetboek Napoleon* (2e druk, 's-Gravenhage, Amsterdam 1838)

Asser, C., *Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht*, deel 2 (2e druk, Zwolle 1890)

Aubry, C., en Rau, C., *Cours de droit civil Français*, deel 2 (4e druk, Paris 1869)

Barckhausen, H., Remarques sur la théorie des domaines, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, deel 13 (1884), p. 30-43

Bartin, E., *Cours de droit civil Français (...) par C. Aubry et C. Rau*, deel 2 (6e druk, Paris 1935)

Bassecour Caan, J.J. de la, *Handleiding tot de kennis van het administratieve regt in Nederland*, deel 1 (2e druk, 's-Gravenhage 1865)

Baudry-Lacantinerie, G., en M. Chauveau, *Traité théorique et pratique de droit civil. Des biens*. (3e druk, Paris 1905)

Baudry-Lacantinerie, G., en Tissier, A., *Traité theorique et pratique de droit civil. De la prescription* (3e druk, Paris 1905)

Beekhuis, J.H., *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Zakenrecht I* (10e druk, Zwolle 1975)

Beneditty, N. de, Proeve tot verzoening van de dogmatische en sociologische richtingen in de rechtswetenschap, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* (1939), p. 128-142

Bergh, G.C.J.J. vanden, *Eigendom. Grepen uit de geschiedenis van een omstreden begrip* (2e druk, Deventer 1988)

- Bergh, G.C.J.J. van den, *Geleerd recht* (3e druk, Deventer 1994)
- Berthélemy, H., *Traité élémentaire de droit administratif* (11e druk, Paris 1926)
- Bieberstein, P.G.E.H. de, *Proeve over zaken buiten den handel* (Leiden 1849)
- Binnerts, C., Aansprakelijkheid voor automobielen "uit de hand", *WPNR* 3071 (1928), p. 689-693
- Boer, Th.M. de, Uitgangspunten van een rechtsvergelijkende theorie: een paradigma voor de lage landen, *Ars Aequi* 43 (1994) 5, p. 303-310
- Bool, J., *De gemeentewet* (Zwolle 1930)
- Bosch Kemper, J. de, *Handleiding tot de kennis van het Nederlandse staatsregt en staatsbestuur* (Amsterdam 1865)
- Bouckaert, B., *De exegetische school. Een kritische studie van de rechtsbronnen en interpretatieleer bij de 19e eeuwse commentatoren van de Code Civil* (Antwerpen 1981)
- Braams, W.Th., *Buiten-contractuele aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen* (Deventer 1989)
- Brahn, O.K., De ontwikkeling van twee zakenrechtelijke wetsbepalingen tussen 1842 en 1988, in: Luijten, E.A.A. (e.a.), *146 jaar Burgerlijk Wetboek. Het jubileum van het 150-jarig Wetboek en zijn invoering in het Hertogdom Limburg op 1 januari 1842* (Deventer 1989), p. 49-60
- Brahn, O.K., *Levering, Beschikkingsonbevoegdheid* (Deventer 1992)
- Bruins, G.W.J., *Een onderzoek naar den rechtsgrond der schadevergoeding* ('s-Gravenhage 1906)
- Brunner, C.J.H., Was Diephuis een legist? Een herwaardering na 100 jaar, in: G. Diephuis, C.W. Opzoomer *1892-1992* (Groningen 1992), p. 1-23
- Caenegem, R.C. van, *Geschiedkundige inleiding tot het privaatrecht* (Gent 1981)
- Code Napoléon, suivi de l'exposé des motifs, sur chaque loi* (...), deel 4 (Paris 1808)
- Coing, H., *Europäisches Privatrecht* Band 2 (München 1989)
- Coing, H., Europäisierung der Rechtswissenschaft, *Neue Juristische Wochenschrift* 1990, p. 937-941
- Colin, A. en H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil Français*, deel 1 (4e druk, Paris 1923)
- Coninck Liefsting, F.B., *De algemeene beginselen van het bezitrecht en de Nederlandsche bezitactiën* (Leiden 1869)
- Constantinesco, L.J., *Rechtsvergleichung*, Band 1 (Köln 1971)
- Cort van der Linden, P.W.A., *Beschouwingen over het strand* (Leiden 1869)
- Crome, C., *System des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, deel 1 (Tübingen 1900)

- Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts* (Nürnberg, Leipzig 1910)
- Dekkers, R., *Handboek van Burgerlijk Recht*, deel 2 (Brussel 1972)
- Dekkers, R., *Précis de droit civil Belge*, deel 2 (Bruxelles 1955)
- Delvincourt, M., *Cours de Code civil*, deel 8 (Bruxelles 1825)
- Demogue, R., *Traité des obligations en général*, deel 4 (Paris 1924 en deel 5 (Paris 1925)
- Demolombe, C., *Cours de Code Napoléon. Traité des engagements qui se forment sans convention*, deel 8, (Paris, 1882)
- Den Tex, C.A., *Encyclopedia Jurisprudentiae* (Amsterdam 1839)
- Den Tex, C.A., J. van Hall, *Nederlandsche Jaarboeken voor Regtsgeleerdheid en Wetgeving* (1839)
- Dernburg, H., *Pandekten*, deel 1 en 2 (3e druk, Berlin 1892)
- Diephuis, G., *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt naar de volgorde van het burgerlijk wetboek 1-9* (1e druk, Groningen 1844-1855, 2e druk, 1856-1859)
- Diephuis, G., *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt 1-13* (Groningen 1869-1890)
- Dievoet, E. van, *Het burgerlijk recht in België en Nederland 1800-1940*, (Antwerpen 1943)
- Drion, J., G. de Grooth, F.J. de Jong, *Ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek van E.M. Meijers. Toelichting boek 6* (1961)
- Drucker, H.L., *Rechtswetenschap en wetgeving* (1882), in: *Rechtsgeleerd Magazijn* 1882, p. 517-547
- Drucker, W.H., *Onrechtmatige daad* ('s-Gravenhage 1912)
- Duguit, L., *Traité de droit constitutionnel*, deel 3 (3e druk, Paris 1930)
- Dunné, J.M. van, *Aansprakelijkheid en verweren bij bodemverontreinigingen uit het verleden*, *Tijdschrift voor Milieuaansprakelijkheid* (1992), p. 98-104
- Ehrlich, E., *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft* (Aalen 1906, 1987)
- Eggen, J., *Het jongste arrest van den H.R. inzake art. 2014.*, *Nederlands Juristenblad* 1926, p. 87-92
- Egger, A., *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Einleitung und Personenrecht* (Zürich 1930, 1978)
- Esmein, P., *Traité pratique de droit civil Français par Marcel Planiol et Georges Ripert*, deel 6 (2e druk, Paris 1952)
- Eyssell, A.Ph.T., *Het wetsvoorstel omtrent de onrechtmatige daad en de rechtszekerheid*, *Themis* 1911, p. 568-617

Faber, J.G.A., Vier opmerkingen over bezit. Naar aanleiding van Mr. Coninck Liefsting's *Bezitrecht*, *Themis* 1871, p. 1-14

Feenstra, R., *Romeïnsrechtelijke grondslagen van het Nederlands privaatrecht* (Leiden 1990)

Feith, P.R., bespreking van Land, N.K.F., *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek*, deel 2 en 3 (2e druk, 1901, 1902), Land, N.K.F., *Rechten op Zaken*, naar het Ontwerp Tweede Boek B.W. 1901, in: *Themis* 1904, p. 168-184

Florijn, E.O.H.P., *Ontstaan en ontwikkeling van het nieuwe Burgerlijk wetboek* (Maastricht 1994)

Fockema Andreae, J.P. *Tien jaren rechtspraak van den Hoogen Raad. Bijdrage tot de leer der wetsuitlegging* (Leiden 1904)

Fockema Andreae, J.P., *Moderne Praetuur? Beschouwingen over het jongste verleden en de naaste toekomst van wetstoepassing en rechtshervorming* (Haarlem 1907)

Fruin, H.M., De tegenwoordige stand der jurisprudentie betreffende de onrechtmatigheid in art. 1401 BW, in: *Rechtsgeleerd Magazijn* 1932, p. 1-65

Gaius, *Instituten*, vertaling van A.C. Oltmans (3e druk, Groningen 1967)

Geleijn Vitringa, J. van, Onteigening van publiek domein, *Themis* 1903, p. 1-39 en 171-190

Geleijn Vitringa, J. van, Publiekrechtelijk karakter van den openbaren weg?, *Rechtsgeleerd Magazijn* 1907, p. 1-44

Geleijn Vitringa, J. van, Openbaarheid van den weg en burgerlijk recht, *Rechtsgeleerd Magazijn* 1919, p. 23-50

Geny, F., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, deel 1 (Paris 1899, herdruk 1954)

Van Gessel-De Roo, M.J.E.G. (red), *Bronnen van de Nederlandse codificatie sinds 1798. Zakenrecht 1798-1820* (Utrecht 1991)

Ghestin, J., en Goubeaux, G., *Traité de droit civil. Introduction générale* (3e druk, Paris 1990)

Gilissen, J., *Historische inleiding tot het recht* (Antwerpen 1981)

Glück, C.F. von, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten*, deel 10 (Erlangen, 1867)

Goudket, J., *Het Burgerlijk Wetboek verklaard door Mr. C.W. Opzoomer*, deel 3 ('s-Gravenhage 1911)

Goudsmit, J.E., Bespreking van: Van Boneval Faure, *Specimen inaugurale continens observationum ad tit. VII, Lib. IV Codicis Civilis Capita IV*. Groningae 1848, in: *Themis* 1848, p. 675-690

Goudsmit, J.E., Over de werking en den aard van het bezit van roerende goederen, naar aanleiding van art. 2014 B.W., *Themis* 1854, p. 473-496

Goudsmit, J.E., *Pandecten-Systeem* (Leiden 1866)

Goudsmit, J.E., en C.W. Opzoomer, Beschouwing van artikel 881 en 619 B.W., *Themis* 1844, p. 249-262

- Grinten, W.C.L. van der, Onrechtmatige daad en schade, *Nederlands Juristenblad* 1939, p. 159-168 en 179-189
- Groot, G.R. de, *Vergelijkt alles en behoudt het goede* (Deventer 1989)
- Groot, H. de, *Inleidinge tot de Hollandsche rechts-geleerdheid*, door F. Dovring, H.F.W.D. Fischer en E.M. Meijers (Leiden 1952)
- Gutteridge, H.C., *Comparative law* (Cambridge 1971)
- Haan, C.J. de, Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, *WPNR* 3704-3705 (1940)
- Haan, C.J. de, Eenige beschouwingen over het leerstuk der onrechtmatige daad, *Rechtsgeleerd magazijn* 1938, p. 275-311 en 345-380
- Hamaker, H.J., *Burgerlijk Recht*, (1888-1889) (collegedictaat van F.J. Vlammingh Kiebert) Bibliotheek FdR, UU, B 1 d-1.
- Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging* 1874, 1890, 1912, 1913
- Hardenberg, L., De 'eigendom' van de staat, in: *Ter recognitie. Opstellen aangeboden aan prof. mr. H. van der Linden bij zijn afscheid als hoogleraar in de Nederlandse rechtsgeschiedenis aan de Vrije Universiteit* (1987), p. 341-371
- Hartkamp, A.S., *Wetsuitleg en rechtstoepassing na de invoering van het nieuw Burgerlijk Wetboek* (Deventer 1992)
- Hartkamp, A.S. e.a. (red.), *Towards a European Civil Code* (Deventer 1994)
- Hartkamp, A.S., *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Verbintenissenrecht*, deel 3 (9e druk, Zwolle 1994)
- Hartlief, T. en G.E. van Maanen, *Hoe werkt de onrechtmatige daad of het paard van de professor en andere aangrijpende verhalen* (Nijmegen 1995)
- Hartog, L. de, Nog iets over den Eigendom van de Res publicae, *Themis* 1894, p. 394-401
- Harzfeldt, Over vertegenwoordiging en haar rechtsgevolgen, naar privaats- en publiekrecht, *Themis* 1900, p. 473-510
- Hasselt, W.J.C. van, *De Nederlandsche wetboeken met aantekeningen* ('s-Gravenhage, Amsterdam 1843)
- Hauriou, M., *Précis de droit administratif et de droit public* (12e druk, Paris 1933)
- Heijnsbergen, P. van, *Geschiedenis der rechtswetenschap in Nederland* (Amsterdam 1925)
- Hengst, C.J.W.N. van, *Eenige opmerkingen over het eigendomsregt der gemeenten* (Utrecht 1863)
- Heusde, P.W. van, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht. Zakenrecht* (Zwolle 1890)
- Heusler, A., *Institutionen des Deutschen Privatrechts*, deel 2 (Leipzig 1886)

- Hoetink, H.R., *Over het verstaan van vreemd recht* (1929), in: Ankum, J.A., e.a. (red), *Rechtsgeleerde opstellen* (Alphen aan den Rijn 1982), p. 21-61
- Hofmann, L.C., Eenige opmerkingen over de beteekenis van artikel 2014 BW, *WPNR* 3059-3060 (1928), p. 505-507, 517-519
- Hofmann, L.C., Nog eens: Art. 2014 B.W., *WPNR* 3074-3075 (1928), p. 732-734, 751
- Hofmann, L.C., *Het Nederlandsch zakenrecht* (Groningen, Den Haag, Batavia 1933)
- Hofmann, L.C., *Het Nederlandsch verbintenissenrecht*, deel 1 (4e druk, Groningen 1935, 6e druk 1941)
- Hondius, E.H., Het Burgerlijk wetboek in rechtsvergelijkend perspectief, in: *Recht vooruit. Opstellen verzameld ter gelegenheid van 150 jaar BW* (Deventer 1988), p. 59-71.
- Hondius, E.H., *Naar een Europees burgerlijk recht*, preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht (1993)
- Huber, E., *Die Bedeutung der Gewere im Deutschen Sachenrecht* (Bern 1894)
- Hufeland, G., *Verhandeling over den eigenaardigen geest van het Romeinsche regt in het algemeen, en met betrekking tot de hedendaagse wetgeving en regtsgeleerdheid*, door C.C.C. Warmolts (Leeuwarden, 1827)
- Hug, W., The history of comparative law, *Harvard law review* 1932, p. 1027-1070
- Jansen, C.J.H., *Natuurrecht of Romeins recht; een studie over leven en werk van F.A. van der Marck (1719-1800) in het licht van de opvattingen van zijn tijd* (Leiden 1987)
- Jansen, C.J.H., Der Briefwechsel zwischen H.W. Tydeman (1778-1863) und F.C. Von Savigny (1779-1861): Streiflichter auf die niederländische Rechtswissenschaft am Anfang des 19. Jahrhunderts, in: *Die Rechtswissenschaftlichen Beziehungen zwischen den Niederlanden und Deutschland in historischer Sicht* (Nijmegen 1991), p. 71-89
- Jansen, C.J.H., Popularisering van het recht in Nederland. Enige beschouwingen over de kloof tussen recht en volk in het laatste kwart van de 19e en het begin van de 20e eeuw, *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis* 63 (1995) 119
- Jansen C.J.H. en M. de Ruiter, Het Algemeen Deel: Asser-Scholten en Asser-Vranken in rechtshistorisch perspectief, *Recht en Kritiek* 22 (1996), p. 5-26
- Janssens, L., De burgerrechtelijke aansprakelijkheid bij auto-ongelukken, *Rechtsgeleerd Magazijn* 1929, p. 265-304
- Jaspers, T., *Rechtspreken in de maatschappij* (Zwolle 1980)
- Jhering, R. von, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, *Vermischte Schriften juristischen Inhalts* (Leipzig 1879)
- Jonge, J.A. de, *De industrialisatie in Nederland tussen 1850 en 1914* (Nijmegen 1968, reprint 1976)
- Jordens, H.G., *Beschouwingen over zaken buiten den handel* (Leiden 1869)

- Kamerlingh Onnes, A.H., *Openbare wegen over particulieren grond* (Leiden 1915)
- Kantorowicz, H., *Aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre* (Mannheim 1925)
- Kappeyne van de Coppello, J., bespreking van Opzoomer, C.W., *Het Burgerlijk Wetboek. Aanteekening op de artikelen die thans nog verklaring behoeven*, deel 1 (1849), *Themis* 1849, p. 607-629 en (deel 2), *Themis* 1850, p. 595-629
- Kappeyne van de Coppello, J., bespreking van Larombière, M.L., *Théorie et pratique des obligations ou commentaire des Titres III et IV, livre III du Code Napoléon* in: *Themis* 1859, p. 312-315
- Kappeyne van de Coppello, bespreking van Goudsmit, J.E., *Pandekten-Systeem* (1866), *Themis* 1867, p. 466-473
- Kaser, M., *Romeins privaatrecht*, bewerkt door F.B.J. Wubbe (2e druk, Zwolle 1971)
- Kelly, J.M., *A Short History of Western Legal Theory* (Oxford 1992)
- Kipp, Th., in: Windscheid, B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, deel 1 (9e druk, Frankfurt am Main 1906)
- Kisch, I., *Rechtsvergelijking en handelsrecht* (Alphen aan den Rijn 1935)
- Kisch, I., By way of introduction, in: *Netherlands reports to the VIIIth international congress of comparative law* (Deventer 1970)
- Kist, J. De leer der relatieve onrechtmatigheid, *WPNR* 3734-3736 (1941), p. 301-304, 309-311, 313-316
- Kleinheyer, G. en Schröder, *Deutsche juristen aus fünf Jahrhunderten* (Karlsruhe, Heidelberg 1989)
- Knijff, D., *Gebrekkige zaken* (Deventer 1973)
- Köbler, G., *Deutsche Rechtsgeschichte* (5e druk, München 1996)
- Kokkini-Iatridou, D., *Een inleiding tot het rechtsvergelijkende onderzoek* (Deventer 1988)
- Konijnenbelt, W., Publiek domein en privaatrecht, in: *Qui bene distinguit bene docet*, privaatrechtelijke opstellen aan S. Gerbrandy (Arnhem 1991), p. 67-89
- Kooiker, H., De overlevingskanalen van het romeinse recht na de codificatie, in: Jansen, C.J.H., E. Poortinga, T.J. Veen (red), *Twaalf bijdragen tot de studie van de rechtsgeschiedenis van de negentiende eeuw* (Amsterdam 1993)
- Kooiker, H., *Lex scripta abrogata. De derde renaissance van het Romeinse recht* (Nijmegen 1996)
- Kop, P.C., Savigny en de wetenschap van het privaatrecht in Nederland in de negentiende eeuw, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 57 (1989) 117
- Kop, P.C., Bemerkungen zum Einfluß der Deutschen Rechtswissenschaft auf die Niederländische Privatrechtswissenschaft des neunzehnten Jahrhunderts, in: *Die Rechtswissenschaftlichen Beziehungen zwischen den Niederlanden und Deutschland in historischer Sicht* (Nijmegen 1991) p. 91-107
- Kop, P.C., *Legisme en privaatrechtswetenschap* (2e druk, Deventer 1992)

Koschaker, P., *Europa und das Römische recht* (München, Berlin 1966)

Kossmann, E.H., *De lage landen 1780-1940* (1984)

Kronenberg, H.G., *Rechtsgeschiedenis van den aanwas* (Leiden 1911)

Laman Trip, H., boekespreking van Kronenberg, H.G., *Rechtsgeschiedenis van den aanwas* (1911), in: *Rechtsgeleerd Magazijn* 1912, p. 182-184

Land, N.K.F., Burgerlijk regt en regtsvordering - Aanteekeningen op artikelen van het burgerlijk wetboek, V, *Themis* 1873, p. 480-505

Land, N.K.F., Ons recht op roerend goed, *Rechtsgeleerd magazijn* 1889, p. 238-284

Land, N.K.F., *Verklaring van het burgerlijk wetboek*, deel 1 en deel 2 (Haarlem 1889)

Land, N.K.F., *Beschouwingen over de verbintenis uit onrechtmatige daad* (Haarlem 1896)

Land, N.K.F., *Inleiding tot de verklaring van het burgerlijk wetboek* (2e druk, Haarlem 1910)

Lang, R., *Normzweck und Duty of Care. Eine Untersuchung über die Grenzen der Zurechnung im deutschen und anglo-amerikanischen Deliktsrecht* (München 1983)

Lange, C.J. de, Een vergelijkende beschouwing der "oude en nieuwe" leer omtrent artikel 204 B.W., *WPNR* 3466 (1936), p. 277-281.

Langemeijer, G.E., Onrechtmatige daad en concurrentiestrijd, *Nederlands Juristenblad* 1934, p. 617-622

Lankhorst, G.H., *De relativiteit van de onrechtmatige daad* (1992)

Laurent, F., *Principes de droit civil*, deel 20 (1878), deel 32 (Bruxelles, Paris 1887)

Laurent, F., *Cours élémentaire de droit civil*, deel 3 (Bruxelles, Paris 1878)

Lem, P.D.M., *Nieuw recht* (Nijmegen 1945).

Levy, J.A., *Het Burgerlijk Wetboek verklaard door Mr. C.W. Opzoomer*, deel 16 ('s-Gravenhage 1911)

Lipman, S.P. *Het Burgerlijk Wetboek voorafgegaan door de wet, houdende algemeene bepalingen der wetgeving van het koninkrijk, vergeleken met het Romeinsche en het Fransche regt* (Amsterdam 1839)

Lokin, J.H.A., De nationale codificatie in haar verhouding tot het geschreven en ongeschreven subsidiaire recht, *Nederlands Juristenblad* 1988, p. 660-668

Lokin, J.H.A., De invoering van het BW in het Hertogdom Limburg op 1 januari 1842, in: Luijten, E.A.A. (e.a.), *146 jaar Burgerlijk Wetboek. Het jubileum van het 150-jarig Wetboek en zijn invoering in het Hertogdom Limburg op 1 januari 1842* (Deventer 1989), p. 15-28

Lokin, J.H.A., en W.J. Zwolve, *Hoofdstukken uit de Europese codificatiegeschiedenis* (Groningen 1992)

Lokin, J.H.A., De taak van de rechtswetenschap volgens Diephuis en Opzoomer, in: *G. Diephuis, C.W. Opzoomer 1892-1992* (Groningen 1992), p. 24-44

- Lokin, J.H.A., Waarin ook een klein volk groot kan zijn, *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 1992, p. 2-12, ook in *Tekst en uitleg* (Groningen 1994)
- Lokin, J.H.A., De invloed van de pandektistiek op het werk van Diephuis en Opzoomer, in: R. Pieterman e.a. (red.), *Bijdragen tot de rechtsgeschiedenis van de negentiende eeuw* (Arnhem 1994), p. 29-42
- Lokin, J.H.A., *Tekst en uitleg* (Groningen 1994)
- Lokin, J.H.A., De plaats van Meijers in de legistische traditie, in: *Tekst en uitleg* (Groningen 1994), p. 143-170
- Luijten, E.A.A. (e.a.), *146 jaar Burgerlijk Wetboek. Het jubileum van het 150-jarig Wetboek en zijn invoering in het Hertogdom Limburg op 1 januari 1842* (Deventer 1989)
- Maanen, G.E. van, Stoomtreinen en aansprakelijkheid, *WPNR* 5742-5743 (1985), p. 389-393, 412-417
- Maanen, G.E. van, *Onrechtmatige daad. Aspecten van de ontwikkeling en structuur van een omstreden leerstuk* (Deventer 1986)
- Maanen, G.E. van, *Eigendomsschijnbewegingen. Juridische, historische en politiek-filosofische opmerkingen over eigendom* (Nijmegen 1987)
- Maanen, G.E. van, Publiek domein en twee-wegenleer, *Recht en kritiek* 16 (1990) 3, p. 198-209
- Maanen, G.E. van, *Publiek domein en het belang van de overheid bij bodemsanering: een ongewassen varken* (Deventer 1990)
- Maanen, G.E. van, Van de vogelen des hemels en de stranden der zee, *WPNR* 6074 (1992), p. 970-977
- Maanen, G.E. van, '...om te doen ophouden de menigvuldige twistgedingen..' *Opmerkingen omtrent de historische achtergrond van de onrechtmatige daad* (Nijmegen 1995)
- Maanen, G.E. van, *De Zutphense juffrouw en de ontrouwe bediende van Lindenbaum* (Nijmegen 1995)
- Maanen, G.E. van, *De wonderbaarlijke geschiedenis van de onrechtmatige overheidsdaad in de 19e en 20e eeuw* (Nijmegen 1996)
- Maanen, G.E. van, Onrechtmatige daad I, artikel 6: 163, aantekening 8 ev. (juni 1996)
- Malaurie, Ph. en Aynès, L., *Cours de droit civil*, deel 4 (3e druk, Paris 1994)
- Marcadé, V., *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, deel 2 (5e druk, Paris 1852)
- Marcadé, V., *Explication du tit.xx, liv.iii du Code Napoléon (...) de la prescription* (Paris 1854)
- Martini, G.J. de, *De Nederlandsche wetgeving* (Amsterdam 1840)
- Marty, G., et P. Raynaud, *Droit civil. Les biens* (Paris 1980)
- Mayer, O., *Deutsches Verwaltungsrecht*, deel 2 (Berlin 1896)
- Mayer, O., Eisenbahn und Wegerecht, *Archiv für öffentliches Recht* (1901), p. 38-87 en 203-243

Mazeaud, H., et L. Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, deel 2 (2e druk, Paris 1934)

Mazeaud, H. en L. Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, deel 2 (2e druk, Paris 1934)

Mazeaud-Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, deel 2 (5e druk, Paris 1961)

Merlin, M., *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, deel 29 (5e druk, Bruxelles 1828)

Meijers, E.M., De taak der rechtswetenschap ten aanzien der vrije rechtspraak (1910), in: *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen I* (1954)

Meijers, E.M., Publiek domein en zaken buiten den handel, *WPNR* 2543-2547 (1918), p. 429-432, 441-443, 453-456, 461-463, 469-472

Meijers, E.M., Nieuwere burgerrechtelijke literatuur, *WPNR* 2737 (1922), p. 263-265

Meijers, E.M., De rechtspraak van den Hoogen Raad omtrent "bezit geldt als volkomen titel", *WPNR* 3026-3027 (1927), p. 895-898, 915-919

Meijers, E.M., De beteekenis der burgerlijke wet in de huidige samenleving (1927), in: *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen I* (1954)

Meijers, E.M., noot onder HR 25 mei 1928, *NJ* 1928, 1688

Meijers, E.M., Wijzigingen en aanvullingen van het Burgerlijk Wetboek na 1838, in: Scholten, P. en E.M. Meijers (red) *Gedenkschrift Burgerlijk Wetboek 1838-1938* (Zwolle 1938), p. 33-63

Meijers, E.M., *Ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek* (boek 1-4) ('s-Gravenhage 1954)

Milo, M., Publiek domein in de negentiende eeuw. Een discussie in gescheiden circuits. *Recht en Kritiek* 21 (1995) 2, p. 166-187

Modderman, W., *De receptie van het Romeinsche regt* (Groningen 1874)

Molengraaff, W.L.P.A., *Het verkeersrecht in wetgeving en wetenschap* (Haarlem 1885) in: *Molengraaff bundel. Keuze uit de geschriften van Mr. W.L.P.A. Molengraaff met levensbeschrijving en biografie* (1978), p. 48-51.

Molengraaff, W.L.P.A., De "oneerlijke concurrentie" voor het forum van den Nederlandschen rechter, *Rechtsgeleerd Magazijn* 1887, p. 373-435

Molengraaff, W.L.P.A., bespreking van: Thiel, J.H., *De goede trouw van derden en hare bescherming tegenover de handelingen van partijen* (1903), *Rechtsgeleerd magazijn* 1905, p. 604-605

Molengraaff, W.L.P.A., noot onder HR 24 januari 1930, *Weekblad van het Recht* 12091 (1930)

Mom Visch, D.J., bespreking van Levy, J.A., *Het ideeële in recht en staat*, in: *Themis* 1877, p. 108-132

Mugdan, B., *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, band 2, Recht der Schuldverhältnisse; idem band 3, Sachenrecht (1899, Neudruck, Aalen 1979)

Muscheler, K., *Relativismus und Freirecht* (Heidelberg 1984)

Nieuwe Fransche rechtspraak over aansprakelijkheid voor zaken, die men onder zijn opzicht heeft, *Nederlands Juristenblad* 1929, p. 233

Nispen tot Sevenaer, C.M.O. van, Het begrip "schuld" volgens art. 25 Motor- en Rijwielwet en volgens art. 536 Kooph., in *Weekblad van het Recht* 12042 (1929)

Nispen tot Sevenaer, C.M.O. van, De beteekenis van het algemeen welzijn ten aanzien van privaatrechtelijke verhoudingen, *Rechtsgeleerd magazijn* 1937, p. 288-310

Nog eens de aansprakelijkheid bij automobiel-ongelukken, *Weekblad van het Recht* 11732 (1927)

Oertmann, P., *Recht der Schuldverhältnisse* (5e druk, Berlin 1929)

Olivier, N., boekbespreking van Diephuis' *Het Nederlandsch burgerlijk regt naar de volgorde van het Burgerlijk Wetboek*, deel 1 (1844), in: *Themis* 1844, p. 355-360

Olivier, W.C.D., *Proeve over de beperkingen van den eigendom door het politieregt*, (Leiden 1847)

Olivier, W.C.D., *Herinneringen aan Mr. J.R. Thorbecke* (Arnhem 1872)

Onbekend auteur, Nog iets over zaken buiten den handel, *Tijdschrift voor het Nederlandsche regt* 1876, p. 305-316

Onderhoudsplicht, artt. 231 en 239 gem.wet, *De Gemeentestem* 1242 (1875)

Ontwerp van het Burgerlijk Wetboek voor het Koninkrijk der Nederlanden ('s-Gravenhage. Amsterdam, Dordrecht, Breda 1820)

Ontwerp tot herziening van het Burgerlijk Wetboek. Tweede boek ('s-Gravenhage 1899)

Oosterwijk, G. van, Boissevain, J.H.G., *De Gemeentewet, opgehelderd door eene aantekening, aangevuld met eene geschiedenis harer toepassing door G. Van Oosterwijk* (Arnhem 1864)

Oppenheim, A.S., *Schets van het Nederlandsch Burgerlijk Recht door Mr. J.D. Veegens*, deel 1 (Haarlem 1914), deel 2 (3e druk, 1925), deel 3 (2e druk, 1917)

Opzoomer, C.W., *Het Burgerlijke Wetboek. Aanteekening op de artikelen, die thans nog verklaring behoeven*, deel 3 (Amsterdam 1852)

Opzoomer, C.W., Over den aard en de werking van het bezit van roerende goederen, naar aanleiding van art. 2014 BW, *Themis* 1856, p. 92-117

Opzoomer, C.W., *Het Burgerlijk Wetboek verklaard*, deel 1-11 ('s-Gravenhage 1865-1887)

Opzoomer, C.W., *Aanteekening op de wet, houdende algemeene bepalingen der wetgeving van het koninkrijk* (4e druk, 's-Gravenhage 1884)

- Oven, J.C. van, Artikel 2014 en de bezitsbescherming van roerend goed, *WPNR* 2016-2019 (1908), p. 417-420; 433-435; 449-451; 461-463
- Oven, J.C. van, Schade veroorzaakt door dieren, gebouwen en andere zaken, *Nederlands Juristenblad* 1926, p. 109-117
- Oven, J.C. van, Aansprakelijkheid bij auto-ongelukken (art.25 Motor- en Rijwielwet), *Nederlands Juristenblad* 1932, p. 145-151 en 169-175
- Pekelharing, G., *Opmerkingen over den onderhoudsplicht van bijzondere personen ten opzichte van wegen en andere ten openbaren dienste bestemde werken* (Leiden 1880)
- Picard, M., *Traité pratique de droit civil Français par M. Planiol, G. Ripert*, deel 3 (les biens) (2e druk, Paris 1952)
- Pinto, A. de, *Handleiding tot het Burgerlijk Wetboek* ('s-Gravenhage 1837-1838, 4e druk 1860)
- Pinto, A. de, bespreking van Diephuis, G., *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt, naar de volgorde van het Burgerlijk Wetboek*, deel 1 (2e druk 1856), *Themis* 1857, p. 471-479
- Pinto, A. de, Art. 577 BW - Openbaar staats-domein, *Weekblad van het Regt* 3404 (1872)
- Pit, S.J., De aansprakelijkheid voor zaken, toegebracht door ondergeschikten, kinderen, dieren en door zaken, die men onder zijn opzicht heeft, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 1931, p. 33-72
- Pitlo, A., *Het systeem van het Nederlandse privaatrecht* (Haarlem 1958)
- Pitlo-Brahn, *Het Nederlands Burgerlijk Wetboek. Deel 2. Het Zakenrecht* (Arnhem 1987)
- Planiol, M., *Traité élémentaire de droit civil*, deel 1 (8e druk, Paris 1920), deel 2 (5e druk, 1909 en 8e druk 1921)
- Planitz, H. (ed), *Die Rechtswissenschaft der Gegenwart in Selbstdarstellungen* (Leipzig 1924)
- Polak, C.H.F., *Mr. J.D. Veegens en A.S. Oppenheim. Schets van het Nederlandsch Burgerlijk Recht*, deel 3 (4e druk, Haarlem 1934)
- Poortinga, E., *De scheiding tussen publiek- en privaatrecht bij Johan Rudolph Thorbecke* (Nijmegen 1987)
- Proudhon, J.B.V., *Traité du domaine de propriété* (Bruxelles 1842)
- Rechter of wetgever, *Weekblad van het Recht* 11910 (1929)
- Reehuis, W.H.M. (e.a), *Goederenrecht* (Arnhem, 1994)
- Reeken, C.G. von, Uitoefening van private rechten op zaken met eene publieke bestemming, *Themis* 1893, p. 1-66.
- Rheinstein, M., Ernst Rabel, in: *Festschrift für Ernst Rabel*, deel 1 (1954), p. 1-4
- Ripert G., en J. Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil de Planiol*, deel 1 (5e druk, Paris 1950), deel 2 (4e druk, Paris 1952)

- Ripert, G., *Traité pratique de droit civil Français de Planiol*, deel 6 (2e druk, Paris 1952)
- Rogron, *Code Civil expliqué par ses motifs et par des exemples, avec la solution, sous chaque article* (6e druk, Bruxelles 1833)
- Roos, N.H.M., *De Nederlandse privaatrechtsleer in dramatisch perspectief* (Groningen 1987)
- Saleilles, R., *De la possession des meubles* (Paris 1907)
- Salomons, A.F., *De interpretatiegeschiedenis van artikel 2014 BW (1838-1945)* (1990)
- Salomons, A.F., De late aanvaarding van het om-baatvereiste bij art. 2014 oud-BW. HR 2-12-1994, RvdW 1994, 264, WPNR 6174 (1995), p. 212-214.
- Salzwedel, J., Anstaltsnutzung und nutzung öffentlicher Sachen, in: *Allgemeines Verwaltungsrecht* (8e druk, Berlin 1988)
- Sauveplanne, J.G., *Rechtsstelsels in vogelvlucht* (Deventer 1981)
- Sauveplanne, J.G., Van buitenlands recht tot rechtsvergelijking, in: Kokkini-Iatridou, D., *Een inleiding tot het rechtsvergelijkende onderzoek* (Deventer 1988)
- Savornin Lohman, W.H. de, *Verklaring van het burgerlijk wetboek door Mr. N.K.F. Land*, deel 4 (2e druk, Haarlem 1907)
- Scheltema, F.G., Zaken buiten den handel, WPNR 2533-2534 (1918), p. 321-323, 333-335
- Scheltema, F.G., De openbare weg en de beperking van den eigendom, *Rechtsgeleerd magazijn* 1920, p. 264-286
- Scheltema, F.G., Het grensterrein van publiek en privaat recht, *Rechtsgeleerd magazijn* 1927, p. 233-265
- Scheltema, F.G., De zaken der openbare lichamen, hoofdstuk 2 van *Nederlands Bestuursrecht*, deel 1 (1932), *Verspreide geschriften* (Groningen en Djakarta 1953), p. 647-670
- Scheltema, F.G., De toekomst van het burgerlijk wetboek, *Rechtsgeleerd magazijn* 1938, p. 569-575
- Schepel, C.J.H., *Wegenrecht in Nederland* (Groningen 1895)
- Schlosser, H., *Grundzüge der neueren Privatrechtsgeschichte* (Heidelberg 1985)
- Scholten, P., *Schadevergoeding buiten overeenkomst en onrechtmatige daad* (Amsterdam 1899)
- Scholten, P., *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht. Tweede deel. Zakenrecht* (4e druk, Zwolle 1905; idem 5e druk, 1913)
- Scholten, P., Art. 2014 B.W. - Beteekenis van het daarin genoemde "bezit". WPNR 2203 (1912), p. 134-135.
- Scholten, P., Bezit en bewijs bij revindicatie, WPNR 2897-2900 (1925), p. 481-484, 497-500, 513-515, 521-523
- Scholten, P., Naschrift bij L.C. Hofmann, Eenige opmerkingen (...) WPNR 3060 (1928), p. 519-520

- Scholten, P., Naschrift bij L.C. Hofmann, Nog eens: Art.2014 BW, *WPNR* 3075 (1928), p. 751-753
- Scholten, P., noot onder HR 28 februari 1929, *NJ* 1929, 905
- Scholten, P., noot onder HR 19 juni 1931, *NJ* 1931, 1303
- Scholten, P., *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen Deel* (Zwolle 1931, 2e druk 1934)
- Scholten, P. en E.M. Meijers (red) *Gedenboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938* (Zwolle 1938)
- Scholten, P., De codificatie-gedachte voor honderd jaar en thans, in: Scholten, P. en E.M. Meijers (red), *Gedenboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938* (Zwolle 1938), p. 1-31
- Schulze, R., Le droit privé commun Européen, *Revue Internationale de Droit Comparé* 1-1995, p. 7-32
- Schwitters, R.J.S., Riskante aansprakelijkheid, *Recht en Kritiek* 17 (1991) 1, p. 5-39
- Schwitters, R.J.S., *De risico's van de arbeid. Het ontstaan van de ongevallenwet in sociologisch perspectief* (Groningen 1991)
- Smits, J.M., De noodzaak en de mogelijkheid van rechtsvergelijking in het civiele recht, *WPNR* 6154 (1994), p. 728-730
- Smits, J.M., 'A brooding omnipresence in the sky': over rechtsontwikkeling en buitenlandse rechtsliteratuur, *WPNR* 6207 (1996), p. 44-47
- Smits, P.H., Iets over de vraag der relativiteit der onrechtmatigheid bij onrechtmatige daad in verband met de door den Hoogen Raad onderscheiden onrechtmatigheidsvormen, *WPNR* 3586-3591 (1938), p. 433-437, 445-448, 469-472, 477-479, 489-492
- Snijders, H.J., *Rechtsvinding door de burgerlijke rechter* (Deventer 1978)
- Snijders, H.J., Rank-Berenschot, E.B., *Goederenrecht* (Deventer 1994)
- Spruit, J.E., en K.E.M. Bongenaar, *Corpus Juris Civilis. Tekst en vertaling*, deel 1, Instituten (Zutphen, 's-Gravenhage 1993)
- Star Busmann, C.W., De aansprakelijkheid der automobiel in het verkeersrecht, *Rechtsgeleerd magazijn* 1908, p. 393-413
- Steenhoff, G.J.W., *De Wetenschap van het Internationaal Privaatrecht in Nederland in de periode tussen 1862 en 1962* (Zwolle 1994)
- Strikwerda, L., en I.R. de Jong, Rechtsvergelijking en rechtsvinding in burgerlijke zaken, *Ars Aequi* 43 (1994) 5, p. 284-289
- Suijling, J.Ph., *Het wereldverkeer in het privaatrecht* (Haarlem 1911)
- Suijling, J.Ph., De openbare weg in publiek - en privaatrecht, *Themis* 1916, p. 153-186
- Suijling, J.Ph., *Inleiding tot het burgerlijk recht*, deel 1 (2e druk, Haarlem 1927 en 3e druk 1948)

Suijling, J.Ph., *Inleiding tot het burgerlijk recht*, 2e stuk, 2e gedeelte (2e druk, Haarlem 1936)

Suijling, J.Ph., *Inleiding tot het burgerlijk recht*, zakenrecht, 5e stuk (Haarlem 1940)

Tak, Publiek domein, overheidscontract en rechterlijke wetshandhaving, *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 1990, p. 265-271

Tak, A.Q.C., en J.M.H.F. Teunissen, 'Een ieder neemt voldoende zorg voor het milieu in acht'. Wie zorgt er voor de rechtsstaat? Een voortgezet debat. *Recht en Kritiek* 20 (1994) 4, p. 340-354.

Teixeira de Mattos, A., bewerking van A. de Pinto, *Handleiding tot het Burgerlijk Wetboek* (6e druk, 's-Gravenhage 1886)

Telders, B.M., Het verband tussen onrechtmatigheid en schade bij art. 1401 B.W., *WPNR* 3091-3093 (1929), p. 169-171, 185-187, 201-203

Telders, B.M., Nog eens: het verband tussen onrechtmatigheid en schade bij art. 1401 B.W., *WPNR* 3126 (1929), p. 667-668

Teunissen, J.M.H.F., en A.Q.C. Tak, Recht ist was der Umwelt nützt, *Nederlands Juristenblad* 1994, p. 605-617

Teunissen, J.M.H.F., *Het burgerlijk kleeft van de Staat* (Zwolle 1996)

Thorbecke, J.R., *Aanteekening op de Grondwet*, deel 2 (Amsterdam 1843)

Thorbecke, J.R., *Collegedictaat administratief regt* (1846-1847) (UB Maastricht, nr MU EAG 661)

Thorbecke, J.R., *Over plaatselijke begroting* (Leyden 1847)

Tichelaar, P.A., Artikel 1 der wet van 9 april 1875 (S. 67), tot regeling van de dienst en het gebruik der spoorwegen, *Rechtsgeleerd Magazijn* 1891, p. 1-35

Toullier, C.B.M., *Le droit civil Français, suivant l'ordre du code*, deel 1-20 (Bruxelles 1820-1838)

Valkhoff, J., De invloed van de Spoorwegen op enkele gebieden van het Nederlandse privaatrecht, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 1939, p. 399-443

Valkhoff, J., *Een eeuw rechtsontwikkeling. De vermaatschappelijking van het Nederlandse privaatrecht sinds de codificatie* (2e druk, Amsterdam 1949)

Veegens, J.D., *Schets van het Nederlandsch burgerlijk recht*, deel 2 (Haarlem 1909)

Veen, G. van der, reactie op Tak en Teunissen *Nederlands Juristenblad* (1994), p. 1008-1010

Veen, T.J. en P.C. Kop, *Zestig juristen* (Zwolle 1987)

Vegting, W.G., *Publiek domein en zaken buiten de handel* (Alphen aan den Rijn 1946)

Vigelius, C.C., De elementen van art. 1401 BW, uit: *Rechtskundige opstellen Meijers* (1935), p. 824-866

- Vijver, J.D. van de, The Etatisation of public property, in: D.P. Visser (ed.), *Essays on the history of law* (Cape Town, Wetton, Johannesburg 1989), p. 261-299
- Vink, J., Geen knevelarij, *Weekblad voor gemeentebelangen* (1930), p. 399-401
- Voorduin, J.C., *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche wetboeken* (Utrecht 1837-1838)
- Vos, H., Intrekking van vergunningen, *Weekblad voor gemeentebelangen* (1930), p. 327-328
- Vos, H., Publiek domein, *Weekblad voor gemeentebelangen* 1931, p. 61-63
- Vranken, J.B.M., *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen Deel* (Zwolle 1995)
- Wappäus, H., *Zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen nach römischem und heutigem Recht* (Göttingen, 1867)
- Watson, A., *Legal transplants. An approach to comparative law* (Athens and London 1993)
- Wernecke, F., Die öffentliche Sache im Widerstreit privater und allgemeiner Belange, *Archiv für die civilistische Praxis* 195 (1995), p. 445-467
- Wertheim, W.F., *Aansprakelijkheid voor schade buiten overeenkomst* (Leiden 1930)
- Wiarda, J., J.C. Van Oven's beslissend aandeel in de vestiging van de leer, dat 'bezit' in art. 2014, lid 1 B.W. is 'bezit te goeder trouw', *WPNR* 4548 (1958), p. 345-351
- Wieacker, F., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (Göttingen 1967)
- Winkel, H., *De methode der rechtsvergelijking* ('s-Gravenhage 1936)
- Wolfsbergen, A., Normatieve onrechtmatigheid of causale onrechtmatige daad, *WPNR* 3115-3116 (1929), p. 473-476, 523-525
- Wolfsbergen, A., De toepassing der normenleer bij BW 1401 door de HR, *WPNR* 3442 (1935), p. 555-556
- Wolfsbergen, A., *Onrechtmatige daad* (Leiden 1946)
- Wttewaal, G., Artikel 2014 BW, *Rechtsgeleerd Magazijn* (1916), p. 175-209
- Zimmermann, R., *Law of Obligations, Roman foundations of the civilian tradition* (Deventer 1990)
- Zimmermann, R., Roman Law and European Legal Unity, in: Hartkamp, A.S. et al (ed.), *Towards a European Civil Code* (Nijmegen 1994), p. 65-81
- Zwalve, W.J., Over oorzaak en titel bij Diephuis en Opzoomer, in: G. Diephuis, C.W. Opzoomer 1892-1992 (Groningen 1992), p. 45-59
- Zwalve, W.J., *Hoofdstukken uit de geschiedenis van het Europese privaatrecht. Deel 1. Inleiding en zakenrecht* (Groningen 1993)
- Zeben, C.J. van, e.a., *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek* (boek 6) (1981)

Hoge Raad

HR 3 april 1846, W 707 (1846)	H4, § 3B
HR 7 november 1850, W 1218 (1851)	H4, § 2B/H5, § 2D
HR 6 januari 1854, W 1510 (1854)	H5, § 4D1
HR 29 juni 1855, Van den Honert, <i>Verzameling van arresten van den Hoogen Raad der Nederlanden, burgerlijk regt, regt van koophandel en burgerlijke regtsvordering</i> , deel 19 (1856), p. 337.	H4, § 3B
HR 30 oktober 1857, W 1908 (1857)	H5, § 2D
HR 11 juni 1858, W 1967 (1858)	H5, § 2A
HR 28 januari 1859, W 2031; NR, deel 61, p. 92-105	H2, § 2B/H4, § 2A/H5, § 2D
HR 22 mei 1863, W 2499 (1863)	H5, § 4D1
HR 26 juni 1863, W 2499 (1863)	H5, § 4D1
HR 1 februari 1867, NR deel 85	H5, § 4D1
HR 26 juni 1867, W 2929 (1867)	H5, § 4D1
HR 24 april 1868, W 3004 (1868)	H5, § 4D1
HR 22 januari 1869, W 3084 (1869)	H5, § 2A en B
HR 4 maart 1870, Van den Honert, <i>Verzameling van arresten van den Hoogen Raad der Nederlanden, burgerlijk regt, regt van koophandel en burgerlijke regtsvordering</i> , deel 34 (1871), nr. 1162.	H5, § 2B
HR 25 oktober 1870, W 3262 (1870)	H6, § 4A

HR 29 juni 1871, <i>W</i> 3399 (1871)	H5, § 4D2/H6, § 2D2
HR 30 juni 1879, <i>W</i> 4406 (1879)	H5, § 4D1
HR 30 mei 1881, <i>NR</i> deel 128, p. 163	H5, § 4D1
HR 29 juni 1883, <i>W</i> 4929 (1883)	H5, § 3A3
HR 17 december 1883, <i>W</i> 5000 (1884)	H5, § 4D1
HR 6 oktober 1885, <i>W</i> 5086 (1885)	H5, § 4D1
HR 4 april 1890, <i>W</i> 5856 (1890)	H5, § 2A/H6, § 2B
HR 17 november 1892, <i>W</i> 6271 (1892)	H5, § 4D1
HR 14 januari 1895, <i>W</i> 6616 (1895)	H5, § 3A3/H6, § 3C
HR 31 oktober 1895, <i>W</i> 6732 (1895)	H5, § 4D1
HR 5 februari 1897, <i>W</i> 6927 (1897)	H6, § 2D2
HR 11 december 1899, <i>W</i> 7374 (1900)	H5, § 4D1
HR 14 december 1900, <i>W</i> 7536 (1901)	H5, § 3A3
HR 12 juni 1906, <i>W</i> 8390 (1906)	H5, § 3A3
HR 15 februari 1907, in <i>W</i> 8500 (1900)	H7, § 2B1a
HR 10 juni 1910, <i>W</i> 9038; <i>NR</i> deel 215, p. 235-242	H6, § 5C1
HR 25 februari 1916, <i>NJ</i> 1916, 501	H7, § 3B
HR 30 maart 1917, <i>NJ</i> 1917, 502	H6, § 5B en C
HR 7 juni 1918, <i>WPNR</i> 2544 (1918)	H6, § 4D
HR 31 januari 1919, <i>NJ</i> 1919, 161	H6, § 5C1
HR 4 juni 1920, <i>NJ</i> 1920, 712	H7, § 3B
HR 3 februari 1922, <i>NJ</i> 1922, 388	H6, § 3B/H7, § 3B
HR 6 maart 1924, <i>W</i> 11192 (1924)	H7, § 2B1a
HR 20 december 1924, <i>NJ</i> 1925, 153	H7, § 3B
HR 19 april 1928, <i>NJ</i> 1928, 1504	H7, § 3B
HR 25 mei 1928, <i>NJ</i> 1928, 1688 m.n. E.M.M.	H2, § 5A/H6, § 5D1

HR 10 mei 1929, <i>NJ</i> 1929, 1615	H7, § 3B
HR 24 januari 1930, <i>NJ</i> 1930, 299	H6, § 5G
HR 19 juni 1931 <i>W</i> 12321 (1931), <i>NJ</i> 1931, 1303	H6, § 5F en G
HR 17 juni 1932, <i>NJ</i> 1932, 1464	H6, § 5G
HR 11 maart 1937, <i>NJ</i> 1937, 899	H6, § 5E, G
HR 23 november 1939, <i>NJ</i> 1940, 242	H6, § 5G
HR 17 januari 1941, <i>NJ</i> 1941, 644, m.n. Paul Scholten	H6, § 4D/H7, § 4C3
HR 5 mei 1950, <i>NJ</i> 1951, 1 (Damhoff-Staat)	H2, § 3
HR 17 januari 1958, <i>NJ</i> 1961, 568	H6, § 5C2
HR 26 januari 1990, <i>AB</i> 1990, nr. 408; <i>RvdW</i> 1990, 36; <i>NJ</i> 1991, 393 (Windmill)	H2, § 4
HR 9 februari 1990, <i>NJ</i> 1991, 462	H2, § 5A
HR 24 april 1992, <i>NJ</i> 1993, 643 (Staat/Van Wijngaarden)	H2, § 5A
HR 19 februari 1993, <i>NJ</i> 1996, 318	H2, § 2B
HR 24 december 1993, <i>NJ</i> 1994, 214 (Leebeek/Vrumona)	H2, § 2A
HR 2 december 1994, <i>RvdW</i> 1994, 264	H6, § 3A2/H7, § 3B

Gerechtshoven

Hof Amsterdam 7 mei 1917, <i>W</i> 10151 (1917)	H7, § 2B1a
Provinciaal Gerechtshof Noord-Holland, 1 oktober 1857, <i>Rechtsgeleerd Bijblad</i> , <i>behoorende tot de Nieuwe Bijdragen voor</i> <i>Regtsgeleerdheid en Wetgeving</i> (1858), p. 151-156	H5, § 2A
Provinciaal Gerechtshof Noord-Holland, 8 februari 1858, <i>Rechtsgeleerd Bijblad</i> , <i>behoorende tot de Nieuwe Bijdragen voor</i> <i>Regtsgeleerdheid en Wetgeving</i> (1858), p. 438-440	H5, § 2A
Provinciaal Gerechtshof Gelderland 23 december 1874, <i>W</i> 3882 (1875)	H5, § 4D1
Hof Amsterdam 22 mei 1896, <i>W</i> 6844, (1896)	H6, § 2D2

Rechtbanken

Rb Maastricht, 13 oktober 1870, <i>W</i> 3285 (1870)	H6, § 5C3
Rb Amsterdam 17 april 1883, <i>W</i> 4945 (1883)	H6, § 2D2
Rb 's-Gravenhage 21 november 1883, <i>W</i> 5006 (1884)	H5, § 4D1
Rb Amsterdam 5 november 1889, <i>W</i> 5812 (1890)	H6, § 2D2
Rb Leeuwarden 18 januari 1894, <i>W</i> 6517 (1894)	H6, § 2D2
Rb Amsterdam 8 januari 1895, <i>W</i> 6716 (1895)	H6, § 2D2
Rb Amsterdam 25 mei 1904, <i>W</i> 8239 (1905)	H7, § 2B1a
Rb Rotterdam 9 maart 1925, <i>NJ</i> 1926, 35, <i>W</i> 11356 (1926)	H7, § 2B1a
Rb 's-Hertogenbosch, 8 februari 1929, <i>W</i> 12042 (1929)	H7, § 2B1a

Franse rechtspraak

Cour de Cassation 16 juni 1896, <i>Dalloz</i> 1897, 1, 433	H6, § 2C3
Cour de Cassation 21 februari 1927, <i>Dalloz</i> 1927, 1, 97	H7, § 2B1b/H7, § 2B2
Cour de Cassation 13 februari 1930, <i>Dalloz</i> 1930, 1, 157	H7, § 2B1b/H7, § 2B2
Cour d'Appel d'Angers 20 april 1926, <i>Dalloz</i> 1926, 386	H6, § 2C3

John Michael Milo (1961) behaalde in 1979 het diploma gymnasium β. Hij studeerde kortstondig, behaalde zijn propaedeutisch examen biologie, werkte enige jaren, was instructeur tijdens zijn militaire dienstplicht en voltooide in 1991 een studie Nederlands recht aan de Rijksuniversiteit Groningen. Hij was tot 1995 werkzaam aan de Rijksuniversiteit Limburg te Maastricht bij de vakgroep privaatrecht. Sindsdien werkt hij als universitair docent aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht, Universiteit Utrecht.